

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS DE CACOAL
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

**UNIÃO HOMOAFETIVA: O RECONHECIMENTO JURÍDICO DE UM
FATO SOCIAL**

SUÉLLEN SANTOS DE SOUZA

**Cacoal - RO
2007**

SUÉLLEN SANTOS DE SOUZA

**UNIÃO HOMOAFETIVA: O RECONHECIMENTO JURÍDICO DE UM
FATO SOCIAL**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à banca examinadora da
Universidade Federal de Rondônia –
UNIR – *Campus* de Cacoal, como
exigência parcial para obtenção do
Título de Bacharelado em Direito, sob
a orientação da Professora
Especialista Maria Priscila Soares
Berro.

**Cacoal - RO
2007**

SUÉLLEN SANTOS DE SOUZA

**UNIÃO HOMOAFETIVA: O RECONHECIMENTO JURÍDICO DE UM
FATO SOCIAL**

AVALIADORES

Professora Ms. Maria Priscila Soares Berro

Nota

Professor

Nota

Professor

Nota

Média

**Cacoal - RO
2007**

Dedico com muito amor aos meus pais, por toda a paciência, compreensão e apoio; ao meu irmão e amigos, por sempre estarem ao meu lado, compartilhando dos meus sonhos; e a todos aqueles que de alguma forma contribuíram durante esta caminhada, torcendo para que meus desejos se tornassem realidade.

Agradeço inicialmente a Deus, por se manifestar em todas as coisas e, assim, mostrar que está sempre ao meu lado. Aos professores que passaram seu conhecimento para que pudéssemos ser profissionais e pessoas melhores; aos funcionários do Campus que sempre nos atenderam com alegria e simpatia e aos colegas de classe, com os quais permanecemos convivendo em harmonia durante este período de cinco anos e que não serão apagados da memória.

*Tenho tanto sentimento
Que é freqüente persuadir-me
De que sou sentimental,
Mas reconheço, ao medir-me,
Que tudo isso é pensamento,
Que não senti afinal.*

*Temos, todos que vivemos,
Uma vida que é vivida
E outra que é pensada,
E a única vida que temos
É essa que é dividida
Entre a verdadeira e a errada.*

*Qual porém é a verdadeira
E qual errada, ninguém
Nos saberá explicar
E vivemos de maneira
Que a vida que a gente tem
É a que tem que pensar”.*

*“Importante é o amor, o sexo é só um
acidente: pode ser igual ou diferente”.*

Fernando Pessoa

PARECER DE ADMISSIBILIDADE DA PROFESSORA ORIENTADORA

A acadêmica **SUÉLLEN SANTOS DE SOUZA** desenvolveu o Trabalho de Conclusão de Curso sobre o tem **“UNIÃO HOMOAFETIVA: O RECONHECIMENTO JURÍDICO DE UM FATO SOCIAL”**, obedecendo aos critérios do Projeto de Monografia apresentado ao Departamento de Direito.

O acompanhamento foi efetivo, tendo o desenvolvimento do trabalho observado os prazos pré-estabelecidos.

Assim sendo, a acadêmica encontra-se apta para a apresentação expositiva de sua monografia junto à Banca Examinadora.

Cacoal-RO, 1º de Agosto de 2007.

Profa. Ms Maria Priscila S. Berro

Profa. Orientadora

RESUMO

O presente trata da união entre pessoas do mesmo sexo, também denominadas de uniões homoafetivas, procedimento que enseja preconceitos e discriminações, sendo que as pessoas que vivem nesta união de forma pública são marginalizadas dentro de uma sociedade que se diz democrática e de direito. Por tal estigma vivem, na maioria das vezes, isolados do convívio social, sofrendo preconceito, sendo desprotegidos da tutela social, não lhes sendo concedidos direitos que se fariam presentes se heterossexuais fossem. A questão em comento, sob a ótica constitucional, demonstra-se ainda obscura, fugindo das abordagens tradicionais, culturais e morais, trazidas ao longo da história de toda a humanidade. Assim, seja baseada na analogia, nos costumes, bem como nos princípios constitucionais esculpidos em nossa Carta Magna, tais como, o princípio da liberdade, da igualdade, da dignidade da pessoa e os demais que deles decorrem; seja, na transformação do Direito de Família que modificou conceitos ultrapassados, baseados, antes, no casamento, no patrimônio, na procriação, entre outros, que atualmente coloca o afeto e o indivíduo formador da entidade familiar acima de tudo, objetivando o desenvolvimento e a realização de sua felicidade; seja, na sua interpretação como entidade familiar autônoma ou de união estável; cabe, sim, ao Estado, livre de preconceitos e discriminações, reconhecer e assegurar os direitos de milhares de pessoas que, por sua orientação sexual, não podem ser renegadas e excluídas, como se seres humanos não fossem, como se dignidade não tivessem. O relacionamento entre homossexuais é um fato da vida privada e, em se tratando de ser um fato que ganha notoriedade a cada dia, de relevância social, cabe ao Estado legislar sobre o assunto, a fim de que tais direitos não dependam da interpretação de cada julgador.

Palavras-chave: Homossexualidade. Omissão. Analogia. Necessidade. Regulamentação.

ABSTRACT

The present paper deals with the union of people of the same sex, called homosexual marriage too. That causes preconception and discrimination, because this kind of people are usually excluded of a hypothetic democratic and fair society. That's why, these groups, live majority isolated of social life, suffering preconceptions, without judicial protection, living without the rights given to every one. In the constitutional view it is not so clear, escaping of the traditional, cultural and ethics approach, brought by the humanity history. So, based on the analogy, on the customs, even on the constitutional origin of our Constitution, as the freedom concept, equality, dignity and the other variations; in the transformation of the Family rights that changed primitive concepts, based before, in the marriage, patrimony, procreation, between others; that in this moment puts the friendship and families above everything, objectifying the development and your happiness, in the interpretation as autonomy family entity or stable union. The state must recognize and assert, without preconception and discrimination, the rights of thousand of people that, cannot be isolated from others by their sexuality, treating them not as human dignity people. The homosexual relationship is a fact of the private life of each one, and, it's a fact that earn notoriety every day, of social weightiness, and the State must legislate about this theme, to prevent problems on the interpretations of each judge.

Key words: homosexual. Omission. Analogy. Necessity. Regulation

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 HOMOSSEXUALISMO OU HOMOSSEXUALIDADE	15
1.1 SÍNTESE HISTÓRICA DO HOMOSSEXUALISMO	15
1.2 CONCEITO E ESPÉCIES DE HOMOSSEXUALIDADE	22
2 BREVES RELATOS SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA FAMÍLIA	26
2.1. BREVE HISTÓRICO DA ENTIDADE FAMILIAR NO BRASIL	27
3 DA UNIÃO ESTÁVEL	30
3.1 EVOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL	30
3.2 CONCEITO E REQUISITOS	34
4 DA UNIÃO HOMOAFETIVA	38
4.1. POSICIONAMENTOS SOBRE AS UNIÕES HOMOAFETIVAS	39
4.1.1. Posicionamento Contrário	39
4.1.2. Da União Homoafetiva como Sociedade de Fato	42
4.1.3. Da União Homoafetiva como União de Fato/União Estável	43
4.2. O TRATAMENTO DAS UNIÕES HOMOSSEXUAIS EM ALGUNS PAÍSES ESTRANGEIROS	53
4.3. PANORAMA LOCAL: AS TENTATIVAS DE REGULAMENTAÇÃO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS E A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO NO ÂMBITO LEGISLATIVO	62

5 DOS DIREITOS ADVINDOS ANTE O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO UNIÃO ESTÁVEL	69
5.1. COMPETÊNCIA DAS VARAS DE FAMÍLIA	69
5.2. DIREITO SUCESSÓRIO	70
5.3. DIREITO PREVIDENCIÁRIO	72
5.4. DIREITO PATRIMONIAL	74
5.5. DIREITO À ADOÇÃO	77
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	 82
 REFERÊNCIAS	 86
 ANEXOS	 90

INTRODUÇÃO

A doutrina tem como posicionamento majoritário que se faz necessária a existência de três elementos para configuração do casamento, a saber: diversidade de sexos, consentimento dos nubentes e a celebração por autoridade competente.

A obrigatoriedade da diversidade de sexo pode ser observada, por exemplo, no artigo 1565 do Novo Código Civil, o qual estabelece que “pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”.

Em nosso ordenamento jurídico as uniões homoafetivas são tratadas como se sociedade de fato fossem, gerando efeitos no campo dos direitos das obrigações e dos direitos das sucessões, situação análoga a que se encontravam os companheiros antes da promulgação da vigente Carta Magna, sendo, portanto aplicável a Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Pela visão doutrinária, cabe ainda às parcerias homossexuais indenização por serviços domésticos prestados, bem como figurar como herdeiro testamentário ou legatário¹.

¹ Legatário sucede a título singular, em semelhança ao que ocorre na sucessão singular entre vivos. Só existe legado, e conseqüentemente a figura do legatário, no testamento (VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. Vol. 7. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005)

Contudo, a lei não exclui expressamente a proteção das uniões homoafetivas e, conforme Maria Berenice Dias, “é meramente exemplificativo o enunciado constitucional ao fazer referência expressa à união estável entre um homem e uma mulher e às uniões de um dos ascendentes com a sua prole”.²

Portanto, o que se vê na legislação atual é a não regulamentação no que tange às uniões homossexuais, também denominadas de parceria civil, o que não deveria ocorrer, posto que o que não está explicitamente proibido, é implicitamente permitido, idéia esta que se encontra inserida em nossa Carta Magna ao dispor em seu art. 5º inciso II que “ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”.³

Partindo desta premissa, juntamente com os princípios basilares do Estado Democrático de Direito: igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, o Judiciário passou a conceder os direitos adquiridos pelos homossexuais, visto que ao Judiciário compete colmatar as lacunas que acabam existindo⁴, tendo como principal exemplo os tribunais gaúchos que vêm dando decisões favoráveis ao reconhecimento da união estável homoafetiva.

Contudo, faz-se necessária a criação de uma legislação que atribua aos homossexuais os direitos que lhe são negados como a declaração conjunta de imposto de renda, adoção de crianças pelo casal; um direito de herança tal como o do regime do casamento ou da união estável, sem a necessidade de provar na Justiça a existência de uma sociedade; entre outros⁵.

Portanto, para que o reconhecimento da união homoafetiva e os direitos dela advindos não dependam da discricionariedade do julgador, se faz

² DIAS, Maria Berenice. **A igualdade desigual.** Disponível em <<http://www.mariaberenicedias.com.br>>. Acesso em 10 de junho de 2007 às 16h19 min.

³ CHIARINE JUNIOR, Enéas Castilho. **A união homoafetiva no direito brasileiro contemporâneo.** Disponível em <http://www.direitoemdebate.net/art_homoafetiva.html>. Acesso em 09 de maio de 2006 às 00h30min.

⁴ DIAS, Maria Berenice. **Amor versus preconceito.** Disponível em <http://www.direitoemdebate.net/art_amorpreconceito.html>. Acesso em 09 de maio de 2007 às 00h 22min.

⁵ ANTUNES, Camila. **A força do arco-íris.** Revista Veja. Ed. 1808. ano 36. nº 25, 2003, pág 81.

necessária a legalização da união homoafetiva, pois, o preconceito existente na sociedade não deve estender ao entendimento de nossos tribunais.

1 HOMOSSEXUALISMO OU HOMOSSEXUALIDADE?

1.1 SÍNTESE HISTÓRICA DO HOMOSSEXUALISMO

Há quem diga que a homossexualidade tem ocorrido apenas recentemente, surgindo atualmente, contudo, a verdade é que esta sempre existiu desde as civilizações mais antigas, tais como a egípcia, a grega e a romana, entre outras, cada qual tratando-a do modo que acreditava ser o correto.

Há relatos da homossexualidade nas histórias mitológicas tais como a que relatam que Aristófanes, um dos discursantes do *Symposium* de Platão, o qual contava que a nação humana foi criada com três gêneros: os duplamente machos, os duplamente fêmeas e os que eram machos e fêmeas ao mesmo tempo. Cada um deles era possuidor de quatro pernas e quatro braços e, como toda história da mitologia, em algum momento as criaturas erraram e foram punidas pelos deuses, que as separaram em duas partes. Desde então, estão todos procurando por sua metade.⁶

Portanto, com cerca de três mil anos de antecedência, Aristófanes em uma de suas parábolas abordou o amor nos tempos atuais, abrangendo tanto os relacionamentos homossexuais como os heterossexuais, uma vez que expôs que as criaturas duplamente machas, duplamente fêmeas e as que são machos e fêmeas ao mesmo tempo procuram por sua metade, destarte, entendendo que há quem procure por sua metade, independentemente de ser esta um indivíduo pertencente ao mesmo sexo.

⁶ GWERCMAN, Sérgio. **Sim**. Três letras acima dividem o Brasil e impedem que 6 milhões de gays tenham acesso aos mesmos direitos que o restante da população. Se todos somos iguais perante a lei, está certo alguns brasileiros terem mais benefícios que outros?. Revista Super Interessante. Ed. 202 de Julho de 2004, pág. 49.

Contudo, abundam nas sociedades antigas e na história narrações de casos homossexuais, os quais abaixo encontram-se transcritos.

Por volta de 2000 A.C, Gilgamesh – rei do Império Assírio, guiado pela interpretação de um sonho, de um homem caindo sobre si, acaba unindo-se a um companheiro para governar como soberano seu país com mais força e destreza⁷.

Conta o texto que juntos venceram batalhas, monstros e outros obstáculos impossíveis se sozinhos.

Acredita-se que na maioria das antigas civilizações da Ásia Menor existiria casamento legal entre homens e meninos. Já o povo hebreu procedeu de modo a reiterar a segregação e rejeitar costumes estrangeiros, alegando proteção de seu povo, mas na verdade buscando destruir semelhanças com os estrangeiros, a fim de evidenciar o nacionalismo emergente.

Nos textos mais antigos, tais como Levítico XX, 13, condenou-se o relacionamento homossexual (homem se deitar com outro homem) sob pena de ambos terem cometido uma abominação; e, por conseqüência serem condenados à morte. Surge então a primeira informação que faria a ditadura homofóbica posterior.⁸

No mundo islâmico tem-se como documento referente às relações homossexuais a reunião de contos que formam a obra “Mil e Uma Noites”, a qual retrata o convívio social do Oriente Médio, enfatizando descrições da beleza de rapazes, como também relações homossexuais entre mulheres.

No Japão, no século XVII, Saikakou Ebara (1641 – 1693) – famoso escritor japonês escreveu a obra “Esplêndidas histórias da homossexualidade”, descrevendo hábitos dos samurais. Trata-se de obra voltada à rotina do Extremo Oriente, relatando que entre os samurais a homossexualidade era estimulada como sendo abençoada, havendo preconceito com relação ao amor heterossexual, que

⁷ **A HISTÓRIA da homossexualidade no mundo.** Disponível em http://www.adrianebonek.kit.net/index_arquivos/historia_da_homossexualidade.htm>. Acesso em 29-12-2006 às 10h53 min

⁸ A história da homossexualidade. op .cit.

era tido como efeminação e enfraquecimento do homem. Os jovens amantes dos samurais não podiam ter relações com outras pessoas que não os seus mestres, até tornarem-se homens, quando cortavam o cabelo, mudava-se de roupas e nome, por regra.⁹

Na Grécia antiga, o hábito mais usual referente ao homossexualismo era o de senhores terem jovens rapazes aos quais deviam ensinar os métodos do sexo. Tais jovens eram muitas vezes indicados pela própria família para tal função. Sem dúvida o que mais impressiona ao se analisar a homossexualidade na Antigüidade é o fato de, salvo raras exceções, todos os grandes nomes daquela época terem tido relações homossexuais ou tratado destas em suas obras de maneira receptiva, tais como Platão, Sócrates, Aristóteles, entre outros. Assim, nos dizeres de Taísa Ribeiro Fernandes, na Grécia, o exercício da sexualidade era livre, porém, um privilégio daqueles “bem nascidos”.¹⁰

De acordo com Juliane Mayer Grigoletto, ainda a respeito da civilização grega “, os gregos não faziam distinção quanto a busca do prazer ser com pessoa do mesmo sexo ou do sexo oposto. A preocupação maior era com o controle de si sobre os prazeres. Mesmo que um homem grego mantivesse relações homossexuais, se ele fosse ativo, não era considerado afeminado”.¹¹

No Império Romano a homossexualidade era tolerada, vista no mesmo nível que as relações entre casais, entre amantes ou de senhor e escravo¹². Contudo, separavam-se os escravos dos cidadãos. Havia relações entre escravos e seus senhores, podendo estes ter seus rapazes prediletos, porém era exigido que os senhores pudessem exercer apenas o papel ativo da relação, como forma de preconceito com relação à passividade, ao papel feminino.

A partir do quarto século da era cristã, por volta de 342 D.C, o mundo ocidental assistiu a proibições de práticas homossexuais, sob pena de morte do

⁹ A História da Homossexualidade. op.cit.

¹⁰ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões homossexuais**: efeitos jurídicos. São Paulo: Método, 2004, pág. 37.

¹¹ GRIGOLETO, Juliane Mayer. **Unões homossexuais**: a família brasileira em transformação e a inclusão dessas uniões no conceito de família afetiva. Revista Prática Jurídica. Ano III, nº 24, de 31 de março de 2004 pág. 45.

¹² FERNANDES, Taísa Ribeiro. op.cit. pág. 38.

Imperador Constantino. E, no período de 536 a 544, Justiniano aderiu à homofobia aplicando torturas a tal ato de luxúria, segundo ele, abominado e odiado por Deus. Iniciando, nessa época, a Idade Média.¹³

Na Grécia surgiu a maior expressão da homossexualidade da civilização antiga, não apenas por ter a pederastia sido elevada lá ao *status* de uma instituição e levado à reflexão filosófica de uma forma saliente, mas também porque foi o local para um tipo de homossexualidade feminina que era mesmo falada, mas sem dúvida complementar à pederastia. Tal contexto surgiu com a preocupação grega a respeito do fenômeno das Amazonas, suposta tribo feminina de guerreiras que teriam habitado as margens de um rio na Ásia Menor, cujas normas permitiriam relações heterossexuais com varões de outras tribos apenas para procriação e uma vez por ano. As meninas eram mantidas na tribo, enquanto que os meninos eram assassinados ou enviados às tribos de seus pais. Entre si, as Amazonas tinham a prática homossexual, de origem religiosa, fundamentada na necessidade de desenvolver nas mulheres guerreiras qualidades masculinas.

Na Idade Média os gays eram cruelmente perseguidos, neste período que foi marcado pela soberania da fé cristã. Fogueiras, prisões e castigos duríssimos eram a norma para quem saía da regra heterossexual. A Europa, do século IV até o Renascimento, assistiu a implacável perseguição não apenas contra os homossexuais, tidos como graves pecadores, contrários aos desígnios e co-responsáveis pelos males do mundo, produtos da ira de Deus, como a todos sodomitas, em geral. Isto é, mesmo marido e esposa que praticassem sexo anal, eram perseguidos.

No Renascimento, embora as mudanças trazidas pela reforma protestante na Alemanha trouxessem forte impacto social, não se traduziram em mudança da não aceitação dos homossexuais. Todavia, na Itália, que passava a roubar a atenção nas artes e ciências, o caráter latente da expressão homossexual começava a tomar lugar mais claro. Personalidades reconhecidas já no seu tempo passaram a reverter o quadro de intolerância, aderindo aos seus impulsos homossexuais:

¹³ A História da homossexualidade. op.cit.

Leonardo da Vinci com Jacopo Saltarelli em 1476; Michelangelo com Tomasso del Cavalieri.¹⁴

Não obstante tais expressões de aceitação social ou, ao menos, da tendência de grandes personalidades desafiarem os dispositivos legais, estes continuavam inflexivelmente condenando os sodomitas.

No século XX, tanto os judeus e ciganos, quanto a minoria homossexual dos territórios ocupados pela Alemanha nazista foi massacrada em nome da pureza ariana. Tudo começou em 08 de março de 1933, quando foram instituídos os primeiros campos de concentração. Berlim, considerada a capital dos movimentos humanistas e da liberdade homossexual, tornou-se palco de uma guerra homofóbica e particular. Os pontos de encontro e os cabarés foram invadidos pelos soldados da Gestapo com suas armas e licenciados pelo recém-insituído parágrafo 175 da lei. Homossexuais e lésbicas foram arrastados aos campos de concentração, onde nem ao menos eram julgados pela justiça, mas sim, pelo órgão administrativo da seção.¹⁵

Os que tinham alguma influência ou “sobrenome” eram designados para detenção ou deportação, mas os outros eram liquidados nos campos, sendo que eram feitas algumas concessões às lésbicas em virtude da sua natureza como genitoras.

Os homossexuais sobreviventes eram designados para as tarefas mais duras em campos de trabalho forçado.

Em 1944, os primeiros campos são dominados pelos aliados, e os homossexuais que sobreviveram ainda tinham medo de declarar o motivo de sua deportação por conta dos empecilhos sociais, familiares e de trabalho que viriam em seguida a um testemunho desta natureza; este foi o período em que a grande maioria se exilou no anonimato, tudo por culpa da ausência de uma lei que reconhecesse a perseguição por orientação sexual.

De acordo com o historiador alemão Lothar Machtan, autor do livro “O Segredo de Hitler”, o ditador nazista era gay. Quando jovem morava em albergues

¹⁴ A História da Homossexualidade. op.cit.

¹⁵ A História da Homossexualidade. op.cit.

notórios pela concentração de homossexuais. Seu anti-semitismo teve origem numa denúncia raivosa de um caso homossexual pela imprensa judaica de Viena. O soldado Hans Mend, companheiro de Hitler no exército alemão durante a I Guerra Mundial relata: “observávamos que ele nunca olhava para as mulheres. Desde o início suspeitamos que ele fosse homossexual, pois tinha fama de anormal. Era extremamente excêntrico, revelando traços afeminados”. O livro também registra diversas passagens onde o “fuhrer” teria se relacionado com homens e afirma que, se Hitler concordou com o holocausto gay em 1934, foi por instinto de auto-preservação. E, com relação ao namoro com Eva Braun, não teria sido mais do que uma farsa conveniente, sendo que nunca houve sexo entre eles, e nesse ponto os biógrafos são unânimes.¹⁶

No dia 28 de junho de 1969, nove policiais de Manhattan invadiram agressivamente o bar Stonewall com a desculpa de que esse vendia bebida sem licença. O que pretendiam que fosse mais uma manifestação homofóbica acabou se traduzindo num marco para o movimento gay internacional, dada a repercussão gerada. O número de organizações homossexuais aumentou e o reconhecimento e respeito desta parcela da população aumentaria estrondosamente. Os anos 70, contudo, reiteraram a separação entre intimidade e sexo, supervalorizado o último pela comunidade homossexual, logo iria vincular esta à imagem de sexomaníacos, superficiais e incapazes de manter relações estáveis.¹⁷

Em dezembro de 1973, a APA – Associação Psiquiátrica Americana, propõe e aprova a retirada da homossexualidade da lista de transtornos mentais (passa a não ser mais considerada uma doença).¹⁸

Concomitantemente à revolução sexual, os homossexuais começaram a perceber que a aceitação do sexo homossexual livre não implicaria no fim da solidão dos indivíduos da referida minoria, sem que, junto com as liberdades, códigos de comportamento ético também surgissem, mas a contraposição do sexo, livre e sem limites viria após a epidemia dos anos 80. Ainda dando continuidade à tendência do

¹⁶ A História da homossexualidade. op.cit.

¹⁷ A História da homossexualidade. op.cit.

¹⁸ SOUZA, Claudecy de. Homossexualidade. Disponível em <<http://www.pailegal.net/psisex.asp?rvtextold=1121852661>>. Acesso em 28-12-2006 às 09h51 min.

“outing”¹⁹, no seu final, a década de 80 foi refratária ao *boom gay* da sua precedente devido ao surgimento da Aids. As primeiras vítimas homossexuais não tardaram a aparecer, multiplicando-se em alta velocidade devido ao hábito de alta rotatividade de parceiros e à falta de costume do uso de preservativos.

No ano de 1985 o Conselho Federal de Medicina do Brasil (CFM) retira a homossexualidade da condição de desvio sexual.²⁰

Se no Renascimento, inquestionável a produção cultural para a humanidade proviera de homossexuais, na virada do século a humanidade seria presenteada com movimentos de apoio e prevenção ao HIV nunca antes tão ágeis e prontamente vistos. Seja pela necessidade de apoio às vítimas da doença cuja causa lhes era ignorantemente atribuída, seja pelos problemas familiares freqüentes, a comunidade gay foi forçada a estabelecer-se, como o fez, ainda que apenas de fato, pois juridicamente outra batalha ainda estaria para acontecer nos anos 90 pelo reconhecimento de direito.

Na década de 90 a DSM-IV – Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, no qual são identificados por códigos todos os distúrbios mentais, que serve de orientador para classe médica, também retirou a homossexualidade da condição de distúrbio mental.²¹

Em 1993, a Organização Mundial de Saúde (OMS) retira o termo “homossexualismo” tendo em vista que o sufixo “ismo” significa doença, e adota o termo homossexualidade, cujo sufixo traduz “modo de ser”. Destarte, a denominação homossexualidade é o termo neutro, moderno e politicamente correto.

Atualmente, ante o fato da valorização do afeto, há um contexto mais liberal, devido à evolução dos costumes, somando-se a estes a presença de homossexuais nos meio culturais e artísticos, que importantes segmentos da sociedade passam a compreender e aceitar de forma mais aberta a homossexualidade.

¹⁹ Da expressão out of the closet, assumir-se homossexual.

²⁰ SOUZA, Claudecy de. op. cit.

²¹ SOUZA, Claudecy de. op. cit.

Os movimentos homossexuais realizados em todos os lugares do mundo foram ganhando espaço, o qual reclamava o direito à vida e o respeito aos seus sentimentos, passando a assumir sua condição com menos constrangimento.

No passar dos tempos muitos conceitos foram reformulados, surgindo novos entendimentos sobre temas como o da família, casamento, filiação, adultério, alterando, assim, a concepção acerca da orientação sexual das pessoas.

Contudo, infelizmente, apesar dos movimentos sociais realizados, como também do aumento dos chamados “simpatizantes”, essa evolução não chegou à aceitação absoluta da homossexualidade.

Com a crescente aceitação houve a diminuição do nível do preconceito e da perseguição, contudo, esta classe ainda enfrenta dificuldades e passa por opressões.

Por todo o exposto, tendo em vista que o operador do direito deve dar a justiça ao caso concreto que lhe é apresentado, obedecendo, principalmente, os princípios constitucionais, deve este lutar a fim de que sejam abolidas as formas de discriminações persistentes, as quais vêm ocorrendo durante toda uma evolução histórica.

1.2. CONCEITO E ESPÉCIES DE HOMOSSEXUALIDADE

Antes de nos aprofundarmos no assunto, faz-se necessário o esclarecimento do que vem a ser a homossexualidade, entendendo-a de modo mais coerente quando da apresentação de sua origem, conceito e as espécies existentes.

Com relação à origem, a palavra homossexual é derivada do grego *homo* ou *homós* (semelhante, igual) e *sexual* (relativo ao sexo, prática sexual, erótica) –

não do latim *homo* (homem) – e define o amor entre duas pessoas do mesmo sexo, homens ou mulheres²².

Assim, homossexual é aquele que não nega sua formação morfológica, contudo, sua inclinação sexual é voltada para pessoa do mesmo sexo, ou seja, ele sabe da sua fisionomia externa, entretanto, sua atração sexual é por pessoas do mesmo sexo. Exemplificando, um homem que tem consciência do seu fenótipo, pertencente ao sexo masculino, mas que se sente atraído ou apaixonado somente por pessoas pertencentes ao mesmo sexo dele, qual seja: homem.

Conforme lembra Asdrúbal de Aguiar *apud* Américo Luis Martins da Silva “genericamente, os sexos de nomes contrários atraem-se e os sexos do mesmo nome repelem-se; daí a razão de chamar-se também, ao homossexualismo, inversão sexual”.²³

Muitos autores denominam a homossexualidade como uma inversão sexual, tendo em vista que o “normal” são pessoas de sexo oposto (homem e mulher) se atraírem e, uma vez que tal atração se dá de forma contrária, no caso da homossexualidade, a denominam de inversão, palavra que significa “alterar, mudar, tornar-se o contrário do que era”.²⁴

Conforme já exposto na citação de Aristófanes, existe a homossexualidade masculina e a feminina, tendo cada uma delas denominação típica.

A homossexualidade masculina pode ser denominada de sodomia, nomeação relativa à cidade de Sodoma, contudo, esta se aplica de modo equivocado, pois tal denominação é dada para qualquer relação sexual “pênis e ânus”, podendo tanto ser entre homem e mulher como entre homossexuais. Há também quem denomine de uranismo, nomeação esta que possui correlação com a

²² SILVA, Américo Luís Martins da. **A evolução do direito e da realidade das uniões sexuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris., 1996, pág. 300.

²³ SILVA, Américo Luiz Martins da. *op cit.* pág 300.

²⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**: O mini dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, pág. 400.

Urânia, que é o codinome de Vênus, nome latino de Afrodite, conhecida como a deusa do amor e da beleza.

No que tange à homossexualidade feminina, pode se dar a esta diversas denominações, que, devido a seu contexto histórico, pode ser chamada de safismo, lesbianismos ou tribadismo.

O safismo tem origem na palavra *Sappho*, que era uma poetisa grega, natural de Lesbos, região da qual se extraiu a segunda denominação, qual seja, o lesbianismo. Presumem que tal poetisa tinha uma vida sexual irregular, dando origem, dessa forma, a estas duas denominações da identidade sexual²⁵. Já o tribadismo, tem origem no grego *tribá*, relativo a tribos, que possui como significados a palavra esfregar, friccionar, representando assim o modo que se realiza a prática sexual das homossexuais, ou seja, pela fricção mútua dos órgãos genitais.

Contudo, neste diapasão, é conveniente diferenciar o homossexualismo do intersexualismo, do transexualismo, do travestismo e do bissexualismo, abordando como critério suas conceituações para que haja um melhor entendimento da matéria.

Em relação a tal assunto, conveniente a diferenciação trazida pelo autor Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo, o qual dispõe que:

No intersexualismo o indivíduo, por alteração geralmente de origem genética ou hormonal, não tem sexo definido. Apresenta genitália externa ou interna indefinida e é comumente estéril.

O transexualismo é uma alteração psicológica bastante grave que conduz o indivíduo (geralmente homem) a querer pertencer ao sexo oposto. Com frequência o transexual adota os trajes do outro sexo e tudo faz para sentir-se como tal, chagando inclusive à transformação sexual cirúrgica. O transexual é um inconformado com o seu estado sexual e não admite ser homossexual.

No travestismo o invertido sente prazer em utilizar vestes do sexo oposto e tem forte tendência ao homossexualismo. Ao contrário do transexual, o travesti tem perfeita noção do sexo fenotípico a que pertence e não deseja mudança.²⁶

²⁵ FERNANDES, Taísa Ribeiro. op. cit. pág. 23.

²⁶ DEL CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. Medicina legal. São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 206.

Com relação à bissexualidade, tendo em vista não ter sido esta abordada na citação acima, esta se dá quando um indivíduo se interessa por ambos os sexos, ou seja, ora se relaciona com pessoa do mesmo sexo, ora com pessoas do sexo oposto ao dela.

Há especialistas que afirmam ser a bissexualidade uma característica inerente a todo indivíduo no início da vida e, com o passar do tempo, há a fixação na heterossexualidade ou na homossexualidade.²⁷ Alguns dirigem seus desejos para ambos os sexos, e esses são os bissexuais.

Deste modo, percebe-se que o homossexual é um indivíduo como outro qualquer, com qualidades e defeitos, devendo observar o cumprimento dos deveres que são atribuídos a todo cidadão, assim, tal classe merece ter os direitos conferidos a todos os cidadãos, não sendo discriminados por uma opção sexual diversa da que a maioria possui, pois não é deste modo que se verifica a dignidade, nem é assim que se cumprem os preceitos básicos de uma sociedade democrática e igualitária defendida pela nossa Carta Maior.

²⁷ FERNANDES, Taísa Ribeiro. op. cit., pág. 22.

2 BREVES RELATOS SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA FAMÍLIA

A família é uma instituição preexistente ao direito, sofrendo modificações constantes, conforme o parecer ético, moral, bem como os costumes típicos da época.

No entender de Taísa Ribeiro Fernandes, pode-se conceituar família como “uma instituição que se molda sob influências de concepções religiosas, políticas, sociais e morais de cada período histórico”.²⁸

Na Babilônia, a família fundava-se no casamento monogâmico, mas o direito, sob influência semítica, autorizava esposas secundárias. O marido podia, por exemplo, procurar uma segunda esposa se a primeira não pudesse conceber filhos ou em caso de doença grave.²⁹

Em Roma, a família era caracterizada pelo poder do *pater*, este era o chefe absoluto, devendo se subordinar a ele a mulher, os filhos e outros descendentes, escravos e demais pessoas que conviviam naquele grupo. A família era patriarcal, sendo a figura do *pater* o chefe familiar, chefe político, o sacerdote e o juiz.

A família medieval recebeu influências, inclusive do cristianismo, tanto que a única forma de casamento tida por válida residia no casamento religioso. O vínculo matrimonial era indissolúvel, competindo à mulher o governo doméstico e a educação dos filhos.

²⁸ FERNANDES, Taísa Ribeiro. op. cit., pág 41.

²⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit. pág. 20.

Conforme Juliane Mayer Grigoletto:

A partir de meados do século XIX, iniciam-se as mudanças dados os seguintes fatores: a) urbanização acelerada decorrente dos processos de industrialização e do êxodo rural; b) as revoluções tecnológicas, as profundas modificações econômicas que possibilitaram às mulheres o ingresso no mundo do trabalho e fora de casa; c) as transformações comportamentais; d) o uso de anticoncepcionais; e) os movimentos de emancipação; f) a menor interferência da Igreja no Estado; g) a possibilidade do divórcio, entre outros.³⁰

As modificações sofridas pela sociedade nos últimos tempos (sociais, econômicas, políticas e culturais) têm repercutido diretamente no direito de família, democratizando-o, atuando homem e mulher num plano de igualdade.

Há uma evolução da família patriarcal à família nuclear, impregnando-se de sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade, etc. Trata-se de afastar a hipocrisia, a falsidade institucionalizada, o fingimento, o obscurecer dos fatos sociais, fazendo emergir as verdadeiras valorações que orientam as convivências grupais.³¹

2.1 BREVE HISTÓRICO DA ENTIDADE FAMILIAR NO BRASIL

No âmbito nacional pode-se ver a entidade familiar em duas fases: a primeira sendo a época sob vigência do Código Civil de 1916; e a segunda após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O Código Civil de 1916 adotou o casamento civil como sendo a única forma de constituição de família. Assim, apenas a família constituída a partir do casamento gozou de tutela do Estado, sendo as demais formas de convivência tidas como ilegais.

³⁰ GRIGOLETO, Juliane Mayer. op.cit., pág. 44.

³¹ SONEGO, Atila Nedi Leães e SOUZA, Magna Virginia Silveira de. **A União homoafetiva em perspectiva.** Disponível em http://www.revistadourintrf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadourintrf4.gov.br/artigos/edicao011/atila_sonego.htm. Acesso em 15-01-2007 às 13h10 min.

Por conseguinte, o Código Civil de 1916 previa uma série de disposições que imprimiam um viés ilegal ao concubinato, com a finalidade de superproteger a instituição jurídica do casamento.³²

Mas, devido às mudanças nos costumes ocorridas no século XIX, promulgou-se a Constituição de 1988, a qual reconheceu a pluralidade das relações familiares quando protegeu em seu texto entidades familiares diferentes da formada pelo casamento como, por exemplo, a união estável.

E, da família em transformação pode-se demonstrar que, atualmente na sociedade brasileira convivem os seguintes modelos de família: a) patriarcal, que tem o pai como centro e a ele cabe todo o poder; b) monoparental, com um dos genitores e o filho ou os filhos; c) nuclear, constituída pelos pais e sua prole; d) eudemonista ou afetivo, que centra suas relações no afeto entre os membros.³³

Destarte, reconheceu-se que o casamento civil não é a única forma de constituição de família legítima, nem poderia ser, uma vez que atualmente a família deve ser vista como fato social, plural e flexível, não estando ligada obrigatoriamente ao casamento, o qual é apenas uma das formas de constituição e proteção jurídica da família.

Deste modo vem entendendo a jurisprudência, como resta demonstrado pelos julgados abaixo transcritos:

Apelação cível. União estável. Convivência duradoura, pública e contínua. Reconhecida. Bens. Aquisição na constância da sociedade de fato. Partilha.

Havendo provas documentais e testemunhais a caracterizar a união estável, o seu reconhecimento é imperativo, devendo ser partilhados os bens onerosamente amealhados durante o seu período.

Não havendo prova de que a aquisição de bem ocorreu antes ou depois da união estável, existe a presunção legal de que os bens são considerados frutos do trabalho e da colaboração comum, portanto deve ser realizada a partilha.

ACÓRDAO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas em, POR

³² SONEGO & SOUZA, Atila Nedi Leães e Magna Virginia Silveira de. op., cit.

³³ GRIGOLETO, Juliane Mayer. op. cit., pág. 43.

UNANIMIDADE, REJEITAR A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR (100.001.2006.004667-7 Apelação Cível, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça de RO; Rel. Desembargador Kiyochi Mori; Rev. Desembargador Gabriel Marques de Carvalho).

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO. A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parselhas matrimoniadas. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70011120573, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 10/06/2005).

Deste modo, resta demonstrado que a sociedade vem evoluindo, tratando os indivíduos de forma igualitária, bem como reconhecendo as famílias com base no afeto, posto ser este o elemento primordial para qualquer unidade familiar, já que deste decorre a educação, o caráter, a ética, a moral, características que são atribuídas a cada indivíduo independentemente de estarem casados, possuírem ambos os pais ou terem a opção sexual adotada pela maioria.

3 DA UNIÃO ESTÁVEL

3.1 EVOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

Antigamente dava-se à união estável a denominação de concubinato.

O termo concubinato é originário de *concubinatus*, de *cum* mais cubo (cubo dá às vezes *concubo*), que significa estar deitado ou no leito com alguém. Por isso é que o termo sempre foi visto por alguns com o sentido pejorativo.³⁴

Historicamente, tem-se como exemplo o concubinato romano, o qual se caracterizava por ser um quase casamento, união inferior ao casamento, semi-matrimônio, contraído sem formalidades, porém, de natureza lícita, nada tendo de torpe ou reprovável.³⁵ Faltava-lhe a *affectio maritalis*, sendo despido da finalidade social e familiar inerente ao matrimônio.

Havia, ainda, outra união análoga, o *contubernium*, peculiar aos escravos³⁶, o qual tratava-se de uma relação puramente de fato, destinada a durar enquanto aprouvesse ao homem, ou seja, a duração de referida entidade ficava a cargo da vontade do “marido”, a seu bel prazer, e, em não mais existindo seu desejo de permanecer junto àquela pessoa, cessava o *contubernium*.

Em relação ao aumento do número de concubinatos existentes no decorrer dos anos no âmbito nacional, tal fato se dá por diversas causas, dentre elas pode-se citar a ausência de divórcio, que vigorou até pouco tempo atrás, sendo esta

³⁴ PEDROTTI, Irineu Antônio. **Concubinato** - união estável. 5 ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitário de Direito Ltda, 2001, pág. 03.

³⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito Civil**: direito de família. Vol. 2. Editora Saraiva. São Paulo: 1978, pág 16.

³⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. op. cit. Pág 16.

uma das mais importantes causas geradoras, como bem ressalta Silvio Rodrigues quando dispõe que:

Este fato fazia com que um número imenso de pessoas desquitadas, ou mesmo apenas separadas de seus respectivos cônjuges, contraíssem nova ligação, de caráter durável, que realmente se alongava no tempo, havendo filhos um do outro, não raro a mulher ajudando o marido na constituição de um patrimônio que era adquirido em nome dele, mas produto de ambos.³⁷

Nesses casos em que os bens adquiridos durante a união permaneciam em nome do varão, a sua companheira ficava sem nada. Também não eram raros os casos em que o homem falecia e seus herdeiros, ditos legítimos, pediam herança e, nessa hipótese, a companheira nada recebia.

Antigamente era negado qualquer efeito ao concubinato com a alegação de se defender a família decorrente do casamento, dando ao concubinato um aspecto imoral e, uma vez sendo os concubinos imorais, não eram merecedores de quaisquer vantagens.

O fato é que tais situações discriminatórias passaram a chamar a atenção dos Tribunais Brasileiros, que ao longo do tempo tentou remediar referida situação.

No ano de 1942 adveio o Decreto-Lei nº 4737/42 que dispôs sobre o reconhecimento dos filhos naturais.³⁸

E, a fim de solucionar a injustiça atribuída ao concubinato dito puro, foram criadas, inicialmente, duas soluções. A primeira foi atribuir à companheira o direito ao salário, já que entendia-se que a concubina era prestadora de serviços domésticos. Já a segunda, enquadrava o concubinato como sociedade de fato, dividindo o patrimônio social.

Contudo, a solução mais liberal foi a que viu no concubinato a existência de uma sociedade de fato estabelecida entre os concubinos, que uniam os seus

³⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. Vol. 6; 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pág 256.

³⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. op. cit., pág 17.

recursos e esforços a fim de constituir um patrimônio em comum, demonstrando de fato a existência de um intuito de constituição de família. Assim sendo, dissolvida a sociedade, cada um dos “sócios” tinha direito a uma parte dos bens em comum.

E, com as dezenas de acórdãos proferidos neste sentido, editou-se a Súmula 380 que assim dispunha:

Súmula 380: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

De tal texto se pôde depreender dois elementos básicos inerentes para aplicação da referida Súmula, quais sejam, existência de um patrimônio ou aumento do patrimônio existente e; segundo, que tal existência ou aumento tenha sido derivado do esforço em comum dos concubinos.

Destarte, se o patrimônio foi adquirido por doação ou por herança, bem como caso não houvesse qualquer aumento do patrimônio posterior à constituição da união, de acordo com o entabulado na Súmula 380 do Pretório Excelso, o companheiro não poderia reclamar a participação nos bens, já que em nada contribuiu para o crescimento da riqueza ou porque esta simplesmente inexistente.

No entender do doutrinador Silvio Rodrigues, a Súmula 380 não excluiu a jurisprudência que concedia indenização por serviços prestados, podendo esta ainda ser utilizada pelo julgador, é o que se absorve quando da seguinte leitura:

Embora a Súmula 380 cuidasse apenas da hipótese de sociedade de fato entre os concubinos, não apagou ela a jurisprudência paralela que concedia à concubina remuneração pelos serviços prestados, quando não ficasse evidenciado o seu efetivo concurso na obtenção ou no aumento do patrimônio em comum.³⁹

Posteriormente, teve-se a Lei nº 6.515/77, a qual possibilitou o reconhecimento, até mesmo na vigência do casamento, desde que o faça por meio de testamento cerrado, que provado antes ou depois do nascimento do filho; a Lei

³⁹ RODRIGUES, Silvio. ob. cit. pág., 267.

6.015/73 concedeu à concubina o direito de usar o nome do companheiro, entre outros.

Durante muito tempo o legislador teve o casamento como a única forma de constituição da família, negando qualquer efeito jurídico à união livre, posição esta defendida pelo Código Civil de 1916 e, talvez, a única referência sem total hostilidade tenha sido o artigo 363 que permitia ao investigante da paternidade a vitória na demanda se provasse que ao tempo da sua concepção sua mãe estava concubinada com o pretendido pai.

No caso acima citado, já se pressupunha a fidelidade da mulher ao seu companheiro, e, por isso, havia a presunção de que o filho havido por ela era gerado pelo concubino, mas o filho desta união ainda era tido como ilegítimo, fazendo discriminação entre os filhos de um mesmo genitor.

E, apenas em 1988, a união estável teve proteção estatal dada pela Constituição Federal na forma disposta em seu artigo 226, § 3º, o qual abaixo subscreve-se:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§3º. Para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.⁴⁰

O diploma legal que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social (Lei nº 8213/91, artigo 16, I com redação pela Lei nº 9.032/85), como também seu regulamento (Decreto nº 3048/99) permitia a inclusão da companheira ou do companheiro na categoria de beneficiários do regime da previdência social com tratamento igual ao dado aos cônjuges, até mesmo em concorrência com os filhos.⁴¹

A lei 8.971/94 trata dos direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão, sem definir o instituto da união estável, o que aconteceu somente com o advento da Lei 9.278/96 ao dispor, em seu artigo 1º, que “é reconhecida como

⁴⁰ CAHALI, Yussef Said (Coord.). Constituição Federal–Código Civil–Código de Processo Civil. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁴¹ RODRIGUES, Sílvio. op. cit., pág. 257.

entidade familiar a consciência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família”.⁴²

Os requisitos trazidos inicialmente pela Lei nº 9.278/96 encontra-se inserto no artigo 1.723 do Código Civil vigente, sendo que este regulamenta a união estável em seu Título III, do artigo 1.723 ao 1.727.

Após anos de luta e discriminação, finalmente os companheiros conseguiram um tratamento equivalente ao conferido aos cônjuges.

Atualmente, a união homoafetiva vem traçando os mesmos passos que fizeram os companheiros da união estável. O fato é que não se deve deixar que tal equívoco, que tamanha discriminação venha a colocar novamente uma classe à margem da legislação brasileira – a dos homossexuais.

3.2. CONCEITO E REQUISITOS

Antigamente o termo concubina era entendido como sinônimo de amante, daí Fabrício Zamproga Matielo dizer que não se pode atribuir a toda forma de concubinato equivalência com a união estável para fins de aplicação da lei. União estável não é sinônimo de concubinato, mas este, dadas as circunstâncias particulares do caso, poderá traduzir-se em união estável.⁴³

Destarte, antes de conceituar-se o que é união estável deve-se ter conhecimento de concubinato puro e impuro.

Conforme Maria Helena Diniz “[...] ter-se-á o concubinato impuro nas relações não eventuais em que um dos amantes ou ambos estão impedidos

⁴² LUZ, Valdemar P. (Org.) Código civil. **Código de processo civil. Constituição federal e Estatuto da OAB e Legislações complementares**. 2 ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006, pág. 1141.

⁴³ MATIELO, Fabrício Zamproga. **União Estável–Concubinato**: repercussões jurídico-patrimoniais. Porto Alegre: Sagra Luzzatto Editores, 1997, pág. 22.

legalmente de se casar”⁴⁴; neste há um panorama de clandestinidade que lhe retira o caráter de entidade familiar⁴⁵.

Ainda nos dizeres da referida autora, o concubinato será puro se se apresentar como uma união duradoura, sem casamento cível, entre homem e mulher livres e desimpedidos, isto é, não comprometidos por deveres matrimoniais ou por outra ligação concubinária. Assim, vivem em concubinato puro: solteiros, viúvos e separados judicialmente ou de fato e divorciados.

Assim sendo, vê-se que a nossa Carta Magna reconhece o concubinato puro, como entidade familiar, denominando-o união estável⁴⁶.

Deste modo, para que se prove a configuração da união estável é necessário o preenchimento de alguns requisitos.

Conforme Silvio Venosa, pode-se enumerar os elementos constitutivos do concubinato no direito pátrio:

1. Estabilidade na união entre o homem e a mulher: [...]. A questão do lapso temporal não é absoluta, pois a Constituição Federal não estabeleceu um tempo determinado e sim que deveria haver o *animus* de constituir família. Sendo assim, apesar da importância do fator tempo para constatação da união estável, esse fator não é absoluto, pois existem casos em que, independentemente do tempo da união, a entidade familiar fica caracterizada como, por exemplo, nos casos em que há nascimento de prole.
2. Continuidade da relação: [...]. Esta pressupõe que a relação de fato seja contínua, isto é, sem interrupções e sobressaltos.
3. Diversidade de sexo: união do homem e da mulher.
4. Publicidade: [...] A união de fato que gozará de proteção é aquela na qual o casal se apresenta como se marido e mulher fosse perante a sociedade.
5. Objetivo de constituição de família: [...] Ainda que sem filhos comuns a união tutelada é aquela *intuitu familiae*, que se traduz uma comunhão de vida e interesses⁴⁷.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 5º Vol. São Paulo: Saraiva, 2005, pág 372.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. op. cit., pág 372.

⁴⁶ SANTOS, Vauleir Ribeiro (Coord.). **Como se preparar para o exame de ordem 1ª fase**: civil. 3 ed. São Paulo: Método, 2006, pág 149.

⁴⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 5 edição. São Paulo: Atlas, 2005. págs. 58-61.

Contudo, Vauledir Ribeiro Santos acrescenta como requisito a inexistência de impedimento matrimonial, quando dispõe que “além dos requisitos acima colocados, para que se configure a união estável é necessário que entre homem e mulher não exista nenhum dos impedimentos matrimoniais. Há uma exceção: pode integrar uma união estável a pessoa casada desde que esteja separada judicialmente ou separada de fato”⁴⁸; com o que concordam os autores Fabrício Zamproga Matielo, Ricardo Fiúza e Maria Helena Diniz.

Ricardo Fiúza soma a estes acima descritos os requisitos da notoriedade quando expõe que “a união estável pressupõe notoriedade, porque o relacionamento secreto, clandestino, com o cultivo apenas de relações sexuais não pode ter estabilidade e produzir efeitos jurídicos. Por essas razões, a publicidade da convivência é exigida expressamente”⁴⁹. Esclarece ainda que “a lei em vigor não exige a convivência sob o mesmo teto [...]. E realmente, mesmo com domicílios diversos, pode estabelecer-se união estável entre um homem e uma mulher, o que é reflexo da evolução social”⁵⁰; tendo como favoráveis ao seu posicionamento Fabrício Zamproga Matielo e Maria Helena Diniz.

Ainda sobre os requisitos, a doutrinadora Maria Helena Diniz acrescenta os seguintes:

- a) honorabilidade, pois deve haver uma união respeitável entre homem e mulher pautada no *affectio*;
- b) Fidelidade ou lealdade (artigo 1724 do C.C) entre amantes: que revela a intenção de vida em comum, a aparência de “posse do estado de casado” por ser esta atributo de casal unido pelo casamento.
- c) Colaboração da mulher no sustento da casa, na sua função natural de administradora e de provedora, não como mera fonte de dissipação e despesas.⁵¹

Maria Helena traz ainda elementos secundários que valorizam a concubinação pura, são eles:

- a) a dependência econômica da mulher ao homem;
- b) a compenetração das famílias;

⁴⁸ SANTOS, Vauledir Ribeiro. op. cit., pág. 149-150.

⁴⁹ FIUZA, Ricardo. Novo código civil comentado. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 1533.

⁵⁰ FIUZA, Ricardo. op. cit., pág. 1533.

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. op. cit., pág. 376.

- c) criação e educação pela convivente dos filhos de seu companheiro;
- d) casamento religioso, sem o efeito civil e sem seu assento no Registro Público;
- e) casamento no estrangeiro de pessoa separada judicialmente;
- f) gravidez e filhos da convivente com o homem com quem vive;
- g) situação da companheira como empregada doméstica do outro;
- h) maior ou menor diferença de idade entre os conviventes;
- i) existência de contrato.⁵²

Contudo, Ricardo Fiúza expõe que a fidelidade e a lealdade definidas por Maria Helena Diniz como requisitos caracterizadores da união estável se tratam, na verdade, de deveres impostos aos companheiros, assim como os de respeito, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos, de acordo com o inserto no artigo 1724 do Código Civil, estabelecido com o fim de salvaguardar a família e proteger os companheiros, bastando os requisitos já citados e estes deveres para a caracterização da união estável.⁵³

Para a caracterização da união estável basta que estejam presentes os requisitos da estabilidade, a publicidade e o intuito de constituir família. Desta forma, há união de fato sempre que preenchidos os requisitos citados, tanto em relacionamentos heterossexuais como em homossexuais, incumbindo a ambos os deveres de fidelidade, lealdade e assistência recíproca.

⁵² DINIZ, Maria Helena. op. cit., pág.379.

⁵³ FIUZA, Ricardo. op. cit.

4 DA UNIÃO HOMOAFETIVA

O termo homoafetivo é um neologismo cunhado pela desembargadora do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias, “a qual considera mais adequada para designar o elo que une os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo”⁵⁴.

Já vimos que a homossexualidade existe desde os primórdios da sociedade e, cabe a nós não questionar o porquê, ou qual a sua origem, e sim, aceitá-la como fato social, garantindo às pessoas deste grupo os direitos basilares e necessários a todo ser humano.

A sociedade por muito tempo aceitou apenas o casamento como único modelo familiar legítimo e patriarcal, o qual se caracterizava por ser solene, indissolúvel e socializado, predominando até o início do século XX. No Brasil este tipo de entidade familiar foi a que vigorou até a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Contudo, como o homem é um ser social, não podendo viver isolado, e acrescente-se a isto o fato de que o direito se origina das inter-relações sociais dos indivíduos, regulamentando-as. Neste sentido se manifesta Sergio Cavalieri Filho quando dispõe que “mudando o grupo, mudam-se também as normas de direito, razão pela qual, do ponto de vista sociológico, não tem o direito caráter estável ou perpétuo, mas sim, essencialmente provisório, sujeito as constantes modificações”⁵⁵.

⁵⁴ NAHAS, Luciana Faísca. **União homossexual: proteção constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006, pág. 112.

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de sociologia jurídica** (Você Conhece?). 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pág. 26.

Assim, a Constituição Federal vigente, acompanhando as modificações que ocorreram no decorrer dos anos, equiparou ao casamento as uniões estáveis, protegendo-as, bem como a família monoparental.

Mas esta proteção se encontra apenas no texto constitucional, pois no dia-a-dia se vê esta sociedade que prega princípios, tais como a igualdade, reprimir aqueles que têm comportamento diverso, agindo com preconceito contra os indivíduos com orientação sexual diferente da maioria.

A rejeição é nítida, contudo, o que deve prevalecer é o bem-estar do ser humano, mas há quem entenda de forma contrária, defendendo que não deve ser reconhecida a união estável entre homossexuais.

Assim, com a notoriedade que vem obtendo a busca dos homossexuais pelo reconhecimento de uma união de fato, e ante a omissão da legislação brasileira concernente a este assunto, a doutrina, assim como a jurisprudência, findaram por tomar diversos posicionamentos: os contrários ao reconhecimento jurídico da união homoafetiva; há aqueles que vêem na união homoafetiva uma sociedade de fato; e ainda há quem expõe ser a união homoafetiva uma união de fato, sendo este último posicionamento o adotado no presente estudo pelos motivos que posteriormente serão expostos.

4.1. POSICIONAMENTOS SOBRE AS UNIÕES HOMOAFETIVAS

4.1.1. Posicionamento Contrário

Os doutrinadores e operadores do direito que vão ao encontro deste posicionamento defendem ser a diversidade de sexo requisito fundamental para a concretização de um casamento ou de uma união estável.

Orlando Gomes, dentre outros, é adepto da referida vertente, sendo que cita serem expressamente essenciais os três elementos: “diversidade de sexos,

consentimento dos nubentes e a celebração por autoridade competente”⁵⁶, os quais, segundo citado autor, são as condições necessárias à própria existência do casamento.

Ainda acrescenta Maria Helena Diniz que:

O casamento tem como pilar o pressuposto fático da diversidade de sexo dos nubentes, embora não haja nenhuma referência legislativa a respeito, ante a sua evidência essa condição impõe-se a si mesma. Se duas pessoas do mesmo sexo, como aconteceu com Neuro e Sporus convolverem núpcias ter-se-á casamento inexistente, uma farsa.⁵⁷

Tais defensores fundamentam suas teorias em alguns artigos dentre os quais o artigo 226 da Constituição Federal e o 1.565 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...]

§3º. Para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

Art. 1565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

Outro argumento é que no caso da união homoafetiva há a impossibilidade de procriação, que seria um dos fins do casamento.

De acordo com Mariana Ribeiro Santiago ao expor a defesa do posicionamento contrário à união homossexual alega que referidas uniões “não observam os efeitos próprios do casamento, que a doutrina divide em três categorias: os efeitos sociais, os efeitos pessoais e os efeitos patrimoniais”.⁵⁸

⁵⁶ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pág. 77.

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 17 ed. Vol. 05. São Paulo: Saraiva, 2002, pág 40.

⁵⁸ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A união homossexual na legislação brasileira: natureza jurídica. Disponível em <www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_207.html>. Acesso em 31/08/2006 às 11h32min.

Os efeitos sociais se resumem na criação da família legítima, englobando o estabelecimento de vínculo e afinidade entre cada cônjuge e parentes do outro, emancipação do cônjuge menor de idade e a constituição do estado de casado.

Quanto aos efeitos pessoais, têm-se os direitos e deveres de ambos conviventes (fidelidade mútua, coabitação e mútua assistência), deveres estes que variam de acordo com o entendimento de cada doutrinador ou operador do direito.

Em relação aos efeitos patrimoniais, estes variam conforme o regime de bens adotado, podendo ser qualquer um dos regimes que vigoram no Código Civil brasileiro, quais sejam, o da comunhão parcial de bens, o da comunhão universal, separação de bens e do regime de participação final nos aqüestos.

Assim sendo, com base nestas informações, verificou-se que referida doutrina acredita que não se configura a união estável entre homossexuais ainda que duradoura, contínua, única e informal, pois lhe falta o requisito essencial da diversidade de sexos.

Posto isto, há a inexistência de direito a alimentos, meação e usufruto entre as parceiras homossexuais, como também há incompetência das Varas de Família para julgar litígios relacionados a ditas uniões.

4.1.2. Da União Homoafetiva como Sociedade de Fato

A maior parte da doutrina e da jurisprudência não confere às uniões homoafetivas o *status* de família. Contudo, defendem a aplicabilidade dos princípios da sociedade de fato com o objetivo de solucionar graves problemas patrimoniais entre os conviventes.

Os defensores desta tese se fundamentam no artigo 981 do Código Civil, o qual concebe a formação de contrato de sociedade de pessoas que, reciprocamente, obrigam-se quanto a reunião de bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica.

Os doutrinadores que vão ao encontro deste posicionamento acrescentam que, ao ser reconhecida a união homossexual como sociedade de fato, há uma vedação do enriquecimento sem causa, estabelecido no artigo 884, além do artigo 981 já citado, ambos do Código Civil, gerando, deste modo, efeitos no campo dos direitos de obrigações.

A Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, que era antigamente aplicada aos concubinos, atualmente é atribuída aos casos das uniões homossexuais, quando adotado o posicionamento de serem estas uniões sociedades de fato. Cabendo, ainda, a indenização por serviços domésticos prestados “se um dos parceiros administrava o lar proporcionando a tranqüilidade”, como expõe Mariana Ribeiro Santiago.⁵⁹

Referida posição foi assim sintetizada por Roberta Ferreira Reis: “[...] este dispositivo viabiliza a celebração de contrato por pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica, partilhando entre si os resultados”.⁶⁰

Neste posicionamento doutrinário faz-se necessário que os parceiros estabeleçam no contrato ou nas respectivas carteiras de trabalho, que vivem em parceria visando a garantir o direito a eventual tratamento de saúde ou seguro de vida, na qualidade de dependente do outro, inclusive para fins de imposto de renda.

Por fim, fica vedada a possibilidade, no referido contrato, de se criar casamento civil ou união estável. Deste modo, vê-se a união homoafetiva pelo ângulo puramente do direito obrigacional, deixando-se de reconhecer a convivência afetiva, não levando em consideração os anos de convivência, a troca de afetos, os planos em comum e a assistência recíproca, não sento também este posicionamento justo às uniões homoafetivas.

⁵⁹ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. op. cit.

⁶⁰ REIS, Roberta Ferreira. **Legítimo direito de cidadania**; uma tentativa de justificar a homossexualidade. Revista Jurídica Consulex. Ano IX. Nº 205. 31 de Julho de 2005, pág. 54.

4.1.3. Da União Homoafetiva como União de Fato/União Estável

A união entre pessoas do mesmo sexo sempre existiu, mas era de forma oculta, devido aos preconceitos e a discriminação.

Assim, os parceiros homossexuais temendo a resposta da sociedade heterossexual, que é a maioria, não lutavam por seus direitos, posto que sofriam preconceitos e perseguições como, por exemplo a acusação de serem os homossexuais causadores e propagadores da AIDS, doença que ainda hoje não tem cura, a qual em nada é associada ao homossexualismo, como se quis a tempos atrás, mas sim à vida promiscua e sem a devida proteção.

Atualmente a homossexualidade é vista com maior naturalidade pelos cidadãos, sendo tema abordado em novelas e filmes, tal como a novela da Rede Globo “Paraíso Tropical” e o filme “O Segredo de Brokeback Mountain”, os quais tratam de relacionamentos entre homossexuais, sendo em ambos demonstrado o carinho e a convivência de um casal gay, com o intuito de mostrar aos demais que, a união entre pessoas do mesmo sexo é baseada no afeto como em qualquer outro relacionamento, sendo, portanto, merecedora de tratamento igualitário e respeito, como toda e qualquer forma de união, não merecendo discriminação pelo simples fato de que os parceiros têm sua orientação declinada para pessoa de sexo igual.

Contudo, o preconceito e a discriminação existem por pessoas que não entendem que o amor independe de sexo, podendo acontecer de qualquer pessoa por qualquer outro indivíduo, homem para com mulher, mulher para com homem, mulher para com mulher e homem para com homem.

O fato de que o amor se volta é para pessoa do mesmo sexo, não diminui, não aumenta e nem difere do que a maioria heterossexual sente. A diferença do afeto reside no respeito, na continuidade, na notoriedade por terceiros, na lealdade, na fidelidade e na assistência recíproca dos companheiros, mas não na orientação sexual dos indivíduos.

Deste modo, para que tivessem seus direitos conferidos, os homossexuais uniram forças e decidiram reivindicá-los, fazendo-se ouvir tanto pela publicidade dada pelos meios de comunicação, como por movimento tal como a “parada-gay” que ocorre na cidade de São Paulo, na qual a cada ano, possui um maior número de participantes e simpatizantes; também questionaram seus direitos no âmbito Judiciário com a entrada de ações na Justiça pleiteando direitos.

Portanto, devido a dimensão que tomou referido movimento favorável ao homossexualismo, bem como pelo requerimento postulado perante o Poder Judiciário, surgiram diversos posicionamentos referentes a este fato da união homoafetiva, posto que o juiz não pode escusar-se de dizer o direito quando do requerimento de justiça feito pela parte (artigo 126 do Código de Processo Civil), bem como pelo fato do direito e seus operadores terem a obrigação de se atentarem aos fatos sociais, criando doutrinas, dentre as quais, posteriormente, será adotada uma majoritária com a possível regulamentação.

As posições relacionadas à união homossexual são as que vão de encontro a existência desta, alegando que não merecem ser normatizadas, tendo como defensores Maria Helena Diniz e Orlando Gomes; a que vê esta união como sociedade de fato, baseando no impedimento do enriquecimento sem causa, a qual trata os companheiros como sócios, sem levar em conta o vínculo afetivo existente; e a que entende ser a união homoafetiva uma forma de união de fato, com base nos princípios basilares, tais como a dignidade da pessoa humana, igualdade entre outros.

Tendo em vista que os dois primeiros posicionamentos já foram abordados nos subtítulos anteriores, passo a expor a corrente mais coerente, qual seja, a que considera a união homoafetiva como uma forma de união estável.

É de conhecimento de todos tanto a existência do homossexualismo quanto a omissão legal no que tange ao citado assunto, é nesta omissão que se funda a negativa do reconhecimento das uniões homoafetivas.

Contudo, o artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil dispõe que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”⁶¹.

Pelo dispositivo descrito observa-se que a ausência de regulamentação expressa não impede o Poder Judiciário de analisar as demandas sendo, deste modo, esta a primeira solução para tal situação.

Acrescente-se a isto o ensinamento de Enéas Castilho Chiarini Júnior *apud* Bobbio denominado “Norma Geral Exclusiva, a qual é uma das premissas básicas do pensamento Kelsiano, que afirma que tudo o que não está explicitamente proibido está implicitamente permitido, idéia protegida pela Constituição Federal que afirma que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei”⁶².

Dá-se a união homoafetiva quando duas pessoas do mesmo sexo convivem de forma pública, duradoura, com os direitos e deveres de fidelidade e de assistência recíproca.

Assim, ante a conceituação do que vem a ser a união homoafetiva, verifica-se que se assemelha à união estável, sendo a única diferença a exigência de diversidade de sexos desta última entidade familiar.

A analogia, segundo Enéas Castilho Chiarini Júnior *apud* R. Limongi França “é a aplicação de um princípio jurídico que a lei estabelece para um certo fato, a um outro não regulado, mas juridicamente semelhante ao primeiro”⁶³.

Ora, pela denominação de analogia, observa-se que a união homossexual se equipara à união estável, assim sendo, uma vez preenchidos os requisitos de convivência notória, duradoura, fidelidade, assistência mútua, não se pode negar direitos inerentes das uniões estável às uniões entre pessoas do mesmo sexo,

⁶¹ LUZ, Valdemar P. da. **Código Civil**. Código de Processo Civil. Constituição Federal e Estatuto da OAB e Legislação Complementar. 2ª ed. Editora OAB/SC. Florianópolis: 2006, pág. 23.

⁶² JUNIOR. Enéas Castilho Chiarini. Ob.cit.

⁶³ JUNIOR. Enéas Castilho Chiarini. Ob.cit

somente pelo fato dos parceiros deste ultimo relacionamento terem sua orientação sexual diversa da maioria, que é heterossexual.

Negar a semelhança e direitos aos homossexuais pela simples alegação de terem sua inclinação sexual voltada para individuo do mesmo sexo é fazer uso de discriminação e preconceito.

De acordo com a autora Maria Berenice Dias:

“A sociedade que se proclama defensora da igualdade é a mesma que ainda mantém uma posição discriminatória nas questões da sexualidade. Nítida é a rejeição social à livre orientação sexual. A homossexualidade existe e sempre existiu, mas é marcada por um estigma social, sendo renegada à marginalidade por se afastar dos padrões de comportamento convencional”⁶⁴.

Acrescenta ainda citada doutrinadora:

“Se é por medo ou por insegurança não se pode saber. Mas o fato é que é difícil aceitar o diferente. Sobretudo quando se foge do normal ou convencional é da ordem da sexualidade e diz com as relações interpessoais, o índice de rejeição e repulsa se eleva de tal forma e com força tão expressiva, que passa a ser um preconceito, um tabu”⁶⁵.

O conceito atual de família se baseia na satisfação do indivíduo e não mais na procriação, como já restou comprovado no capítulo 03 do presente trabalho monográfico. A satisfação se dá quando se encontra alguém que se pode dividir a vida, quando se ama quem está ao seu lado e “o amor não tem sexo, não tem idade, não tem cor, não tem fronteiras, não tem limites”⁶⁶, assim toda forma de amor é valida.

O ser humano não nasceu para viver sozinho, e sim para ter uma família, com aqueles que ama, deste modo injusto é confundir o amor com labor como muitos insistem em faze-lo.

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. **A Igualdade Desigual**. Disponível em <http://www.mariaberenicedias.com.br> acessado em 10 de junho de 2007 às 16 h 19 min.

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva será lei**. Disponível em <http://www.direitodefamilia.com.br/materia.asp?codmater=107> acessado em 06 de setembro de 2006 às 00 h 42 min.

⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. **O amor não tem sexo**. Disponível em <http://www.gontijo-familia.adv.br/tex142.htm> acessado em 09 de maio de 2006 às 00 h 50 min.

Quando se fala de costumes, deve-se ter em mente que estes variam de acordo com o lugar e a época.

No surgimento de toda e qualquer situação há sempre um receio, tal como ocorreu com a união estável. Porém, deve o direito acompanhar a evolução da sociedade, fazendo justiça, e não julgando com base em preconceitos, pois a sociedade é dinâmica, cabendo ao direito regulamenta-la, sem discriminação a qualquer classe de pessoas, não podendo se omitir ante a existência dos fatos sociais.

É de conhecimento geral que a sociedade brasileira é pluralista, assim admitindo e respeitando a diversidade, sentido este que se prolonga às famílias.

O respeito à pluralidade se dá quando existe a aceitação do diferente, mesmo que ainda não previsto expressamente pelo texto constitucional, desde que não expressamente proibido.

Destarte, entende-se que a Carta Magna vigente é aberta, não esgotando todas as possibilidades, posto que findou expressamente com a exclusividade da família baseada no casamento ao expor em seu artigo 226, *caput*, que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”⁶⁷, bem como pelo fato da família interligar-se à satisfação pessoal de todo ser humano.

Posto isto, a pluralidade de entidades familiares é aceita e saudável para democracia, inclusive em casos ainda não previstos pelo texto constitucional de forma expressa.

Neste sentido, dispõe Luciana Faísca Nahas *apud* Paulo Luiz Neto Lobo:

“A Constituição brasileira inovou reconhecendo não apenas a entidade matrimonializada, mas outras duas explicitamente, além de permitir a interpretação extensiva, de modo a incluir as demais entidades implícitas (...) a proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições, explícitas ou implicitamente tutelada pela Constituição”⁶⁸.

⁶⁷ LUZ, Valdemar P. da. ob. cit. pág. 710.

⁶⁸ NAHAS, Luciana Faísca. Ob. cit. pág. 132.

Considerando ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, como encontra-se inserto na Constituição Federal, em seu artigo 1º, não há que se admitir discriminações de qualquer ordem, muito menos as que tratam da orientação sexual.

Por meio de análise do preâmbulo de nossa Carta Maior já seria possível afirmar que as pessoas do mesmo sexo podem ser consideradas como família, posto que consta em seu texto que no Brasil impera-se o Estado Democrático de Direito “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”⁶⁹.

Acrescente-se a isto o artigo 1º da Constituição Federal, o qual designa como fundamento da Republica Federativa do Brasil “a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana”⁷⁰, como também a “promoção do bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”⁷¹ é tida como um dos objetivos fundamentais da Republica, o qual se encontra expresso no artigo 3º, IV da Carta Magna e promover o bem de todos é garantir ao ser humano a busca de sua felicidade.

Já tratada a analogia, os costumes e abertura do artigo 226 da Constituição Federal, oportuno abordar os princípios que vêm proteger às uniões homoafetivas.

A promoção do bem de todos é um dos princípios esculpido no artigo 3º, inciso IV da nossa Carta Magna, o qual dispõe que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (...) promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Pela leitura do exposto, depreende-se que para que ocorra o bem de todos os cidadãos brasileiros, faz-se necessário a vedação de preconceitos e discriminações, igualando, desta forma, todos os seres humanos.

⁶⁹ LUZ, Valdemar P. da. ob. cit. pág. 581.

⁷⁰ LUZ, Valdemar P. da. ob. cit. pág. 581.

⁷¹ LUZ, Valdemar P. da. ob. cit. pág. 582.

Estabelecida a igualdade e vedada o preconceito surgido por quaisquer razões, garante a todo e qualquer pessoa o direito desta buscar a sua satisfação pessoal – a sua felicidade.

Neste sentido, expõe Naíla Rosa Passos Travaglia *apud* Luiz Alberto David Júnior:

Que se entende bem de todos, conforme determina o art. 3º da Constituição Federal? Certamente se está a falar de felicidade. [...] A felicidade é um estado de ventura, que atende à multiplicidade de valores e anseios do ser humano, individualmente considerado. Não se pode falar de felicidade geral, mas da felicidade de cada ser humano. A felicidade geral é a soma das felicidades individuais atendidas. Portanto, a busca do fim social do Estado deve, obrigatoriamente, fundar-se na busca da felicidade. Os anseios individuais, a captação das mudanças sociais pelo Estado, o atendimento às necessidades básicas do ser humano estão, certamente, entre os fins objetivados pelo Estado e reconhecidos pelo constituinte de 1988⁷².

Acrescente-se a isto o fato de ser assegurado a todos o direito a liberdade, de acordo com o que preceitua no artigo 5º, *caput*, da Carta Magna vigente, a qual dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade (...)”⁷³.

Neste sentido ressaltam os autores Cláudio Pereira de Souza Neto, Eduardo Mendonça e Nelson Nascimento Diz que “o princípio da liberdade decorre a autonomia privada de cada um. Não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência”⁷⁴.

⁷² TRAVAGLIA, Naila Rosa Passos. **Alteração do Registro Civil do Transexual Operado**. Disponível em http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/19178/ acessado em 31/07/07 às 01 h 34 min.

⁷³ LUZ, Valdemar P. da. Ob. cit. pág. 582/583.

⁷⁴ NETO, Cláudio Pereira de Souza, MENDONÇA, Eduardo e DIZ, Nelson Nascimento. **Diferentes, mas iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Disponível em http://64.233.169.104/search?q=cache:bMu6fhp_ZjMJ:pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/dir-sexuais-reprodutivos/docs_atuacao/ParecerBarroso%2520uniao%2520homossexuais.pdf+princ%C3%ADpio+da+liberdade+e+as+uni%C3%B5es+homoafetivas&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=12&gl=br. Acesso em 31/07/2007 às 10 h 37 min.

Não bastasse ser objetivo do nosso país, consolidado em sua Carta Magna, a promoção do bem de todos, a fim de reduzir a desigualdade social, findando com quaisquer tipo de preconceitos. O referido diploma dispõe, como cláusula pétrea, em seu artigo 5º que todos são iguais perante a lei, vedando desta forma, qualquer tipo de preconceito ou discriminação que venha a marginalizar/excluir da sociedade determinados indivíduos ou classe.

A respeito do princípio da igualdade Antonio Carlos Silva Ribeiro e Éderson de Souza Félix lecionam que “a igualdade expressa na Constituição Federal refere-se, no que diz respeito aos homens e às mulheres; à igualdade perante a Justiça; à igualdade concernente à tributação; perante a lei penal; relativa ao sexo; quanto à orientação sexual”⁷⁵.

Desta forma verifica-se que o princípio da igualdade veda discriminações imotivadas, proíbe distinções injustificadas, inadmite privilégios, posto que não há uma democracia onde não sejam todos iguais perante a lei, sem distinções arbitrárias.

Nestes termos Taísa Ribeiro Fernandes *apud* Celso Antonio Bandeira de Mello ressalta que “a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos impossibilitando a ordem jurídica as desequiparações fortuitas ou injustificadas”⁷⁶. Portanto, não se deve admitir discriminações que não se baseiem em motivos justos ou razoáveis.

Cumpre ainda expor o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ser observado por todos, já que garante a todo indivíduo as condições básicas para se dar uma vida digna.

Ora, se a Constituição Federal traz em seu preâmbulo a garantia dos direitos sociais, individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o

⁷⁵ RIBEIRO, Antonio Carlos Silva e FÉLIX, Éderson de Souza. **Direito Constitucional para o Exame de Ordem** – Prova Objetiva e Parte Prática. 1ª edição. Tático Editora. São Paulo, 2005. pág. 20.

⁷⁶ FERNANDES, Taísa Ribeiro. ob. cit. pág 152.

desenvolvimento, a igualdade e a justiça, assegurando a todos os cidadãos uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, entende-se que é direito de todo ser humano uma vida honrada, com o necessário para um bom desenvolvimento econômico, física e mental; inadmissível a prática de pré-julgamentos que geram discriminação/exclusão social e ofendem.

Diante de tal prática ficam vedada também a liberdade (direito garantido constitucionalmente no artigo 5º), já que temendo as reprimendas futuras as pessoas se escondem, não manifestam sua opinião ou verdadeira orientação sexual.

Portanto, discriminar a pessoa por ter uma determinada orientação sexual é agredir os direitos humanos, é ferir o ser humano não só em relação em seu direito de igualdade, da dignidade da pessoa humana, da promoção do bem de todos, mas também no seu direito à liberdade, em sua individualidade, intimidade, vida privada.

O objetivo fundamental é construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I da CF), com um fim de afastar as injustiças e reprimir toda e qualquer desigualdade. A solidariedade implica em aproximação, respeito, aceitação do que é igual e do que é diferente. O homem por ser livre tem de ter autonomia para declarar e exercer sua orientação sexual, que, aliás, não pode reprimir, porque é injusto que alguém que mora num país dito democrático seja perseguido por isto, pois a liberdade é um dos bens supremos.

É com base nos citados princípios – liberdade, igualdade, promoção do bem de todos e dignidade da pessoa humana, é que os nossos tribunais vêm conferindo aos homossexuais o direito de serem reconhecidos como uniões estáveis, conforme resta demonstrado pelos julgados abaixo transcritos:

“Apelação Cível. União Homoafetiva. Reconhecimento. Princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens, de forma pública e ininterrupta, pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o Judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E,

antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Ausência de regulamento específico. Utilização de analogia e dos princípios gerais de direito. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (LICC, art 4º). Negado provimento ao apelo, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (AP. Cív. 70009550070 – 7ª Câmara Cível – TJ/RS – Rel. Maria Berenice Dias – j. em 17.11.2004)”

“Relação homoerótica. União estável. Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Analogia. Princípios Gerais do Direito. Visão abrangente das entidades familiares. Regras de inclusão. Partilha de bens. Regime da comunhão parcial. Inteligência dos artigos 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002. Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em seu sistema aberto, argamassado em regras de inclusão. Assim, definido a natureza do convívio, opera-se a partilha de bens segundo o regime de comunhão parcial. Apelações desprovidas (Segredo de Justiça – Ap. Cível 70005488812 – 7ª Câmara Julgadora – TJ/RS – Rel. Jose Carlos Teixeira Giorgis – j. 25.06.2003)”.

Assim, resta comprovado que a jurisprudência vem reconhecendo as uniões homoafetivas, desde que cumpridos os requisitos pertinentes para a configuração da união estável, entendendo ser a união entre pessoas do mesmo gênero uma outra forma de entidade familiar, não regulamentada, mas merecedora de direitos, os quais lhe são atribuídos por meio do Poder Judiciário, o qual fundamenta suas decisões na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito pelos fatos e fundamentos já expostos.

É triste sabermos que ainda existem julgamentos contrários a estas uniões entre pessoas do mesmo sexo, nos quais se escondem atrás de uma interpretação literal do texto, sem atentar-se aos anseios e uma classe que carece de tutela e respeito como outra qualquer, não pedindo nem mais nem menos, solicitando apenas um tratamento igualitário, onde a sua orientação sexual não influenciasse decisões.

Por fim, cumpre salientar que proibir ou dificultar que algumas pessoas assumam e exerçam a sua sexualidade, constranger certos indivíduos por terem determinada orientação sexual, discriminando-as por causa disso, ou deixar de se reconhecer ou conferir direitos a alguns cidadãos no seu relacionamento afetivo com outras do mesmo sexo, é, afinal, e sem dúvida, abalar e descumprir o princípio da igualdade, bem como o da dignidade da pessoa humana. Os homossexuais podem até integrar um grupo minoritário, serem tidos como “anormal” pela maioria heterossexual da sociedade, mas são iguais a todos serem humanos, tendo de ser tratados com igualdade, respeitando-os em sua individualidade, no seu modo de ser e na sua dignidade.

4.2. O TRATAMENTO DAS UNIÕES HOMOSSEXUAIS EM ALGUNS PAÍSES ESTRANGEIROS

A polêmica em torno do reconhecimento das parcerias homossexuais está presente em todos os países do mundo.

O movimento da classe homossexual no mundo está condicionado às questões morais e religiosas, bem como ao grau de desenvolvimento social e cultural da sociedade, ao nível de maturidade de cada povo, sendo, portanto, diferentes o tratamento, a postura que cada país adota ou confere à matéria.

É na Europa que há grande tendência em tratar os casais homossexuais em caráter de igualdade com os casais hetero, não obstante alguns países, ainda hoje, penalizarem tais uniões. Entretanto, de acordo com Taísa Ribeiro Fernandes “Dinamarca, Noruega, Suécia, por exemplo, já aprovaram leis que equiparam, praticamente, as uniões homossexuais ao casamento heterossexual, isso com algumas restrições, como é o caso da adoção”.⁷⁷

Nesta perspectiva dos direitos aos relacionamentos homossexuais, pode-se dividir o tratamento desta situação em três blocos: o primeiro é o bloco conservador; o segundo proíbe preconceitos, mas discrimina o homossexualismo; e

⁷⁷ FERNANDES. Taísa Ribeiro. op. cit., pág. 116.

o último é aquele que trata a união homossexual igualmente como as uniões heterossexuais, com direito a ações afirmativas.

No primeiro bloco, de extrema repressão, os ditos conservadores, encontram-se os países islâmicos e muçulmanos, os quais impõem a pena de morte à manifestação da homossexualidade, tanto masculina quanto feminina, pois, ainda nos dias de hoje, a homossexualidade é considerada um crime por ser contrária aos costumes religiosos. Na Grécia e na Irlanda, embora sem esses extremos, a repressão é significativa.

No Irã, país que integra o primeiro bloco, “os condenados por sodomia, podem sofrer, entre outras punições, amputações de pés e mãos ou serem condenados à morte”.⁷⁸

A desembargadora Maria Berenice Dias leciona que “[...] são mais de 70 (setenta) países do mundo nos quais a homossexualidade é considerada crime sujeito a sanção penal, sendo o Chile o único país da América do Sul que ainda criminaliza a prática homossexual”.⁷⁹

O bloco intermediário, talvez o maior deles, é integrado por países que descriminalizam o homossexualismo e proíbem medidas discriminatórias, mesmo não adotando iniciativa positiva, ou seja, não se assume uma postura de rejeição ou despreço, mas não se aprovam medidas legislativas regulando e ordenando as uniões homoafetivas.

Neles, ainda se discute o assunto nas Casas do Poder Legislativo e, apesar de não serem assegurados todos os direitos, há uma tendência jurisprudencial de reconhecer alguma espécie de efeito jurídico às parcerias homossexuais, sendo conferidas algumas prerrogativas, como a garantia aos direitos humanos. São exemplos de países intermediários: Brasil, Espanha, Canadá,

⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: o preconceito e a justiça. 3 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006, pág. 45.

⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. op. cit., p. 45.

Eslovênia, Finlândia, República Tcheca, Austrália, Nova Zelândia e alguns estados norte-americanos, como New York, Vermont e New Jersey.

Nos Estados Unidos, dezenas de cidades, entre elas Nova Iorque (1993) e São Francisco (1991), reconhecem direitos patrimoniais, seguro-saúde e outros a casais homossexuais⁸⁰. Contudo, nos Estados Unidos há legislações e decisões controvertidas, pois alguns estados se posicionam de modo contrário às uniões entre pessoas do mesmo sexo, e outros, mais liberais, são a favor das ditas uniões.

Nos Estados Unidos “[...] aprovou-se uma lei em defesa do casamento (*Defense of Marriage Act*, de 21.09.1996), a qual dispunha, pela primeira vez, que seria considerado casamento apenas união entre pessoas de sexo oposto”⁸¹, destarte, negou-se o reconhecimento do casamento homossexual, muito embora isso não signifique que a união entre homossexuais não poderá ser objeto de regramento jurídico no direito desse país.

A autora Taísa Ribeiro Fernandes acrescenta que:

Dos 50 estados norte-americanos, Vermont foi o primeiro a aprovar lei regulando a união civil, que confere aos pares do mesmo sexo o status legal do casamento, concedendo-lhes iguais direitos e responsabilidades. Ainda que o casamento civil só seja possível entre pessoas de sexo diverso, desde abril de 2001 se aplica à *civil union* a mesma legislação do casamento, e seus integrantes recebem a denominação de cônjuges. É um instituto reservado às pessoas do mesmo sexo, e não o podem firmar pessoas casadas ou que entrem em outra união civil. A adoção por um homossexual já era aceita naquele Estado há pelo menos 30 anos.⁸²

No que diz respeito ao direito à adoção, consta que apenas o Estado da Flórida possui legislação específica proibindo a adoção por homossexuais, sendo que nos outros 49 Estados, um pedido de adoção pode vir a ser concedido, mas não existe um posicionamento unânime entre as cortes, deste modo, as decisões referentes a esta matéria são divergentes, levando os tribunais a fazerem uso de

⁸⁰ GRIGOLETO, Juliane Mayer. Ob.cit. **Uniões homossexuais**: a família brasileira em transformação e a inclusão dessas uniões no conceito de família afetiva. Revista Prática Jurídica. Ano III, nº 24, de 31 de março de 2004, pág. 45.

⁸¹ FERNANDES. Taísa Ribeiro. op. cit., pág. 117.

⁸² FERNANDES. Taísa Ribeiro. op. cit., pág. 117.

regras de hermenêutica, construção e interpretação para determinar se a adoção pode ou não ser deferida.

Na cidade de São Francisco/EUA, admite-se o registro das parcerias homossexuais; ao contrário do que ocorre na Geórgia, posto que foi aprovada lei proibindo expressamente o reconhecimento dessas uniões.

Basílio de Oliveira *apud* Taísa Ribeiro Fernandes ensina que:

É no Havaí que reside o centro de debates sobre o casamento entre homossexuais. Desde 1991, se arrasta um processo deflagrado por três casais homossexuais contra o Estado, por lhes ter sido negada licença para o casamento. O Tribunal não deu provimento ao recurso. Mas a Suprema Corte local aceitou novo recurso, em 1993, sob o fundamento de que negar tal licença a casais do mesmo sexo constitui uma violação à emenda da Constituição americana de isonomia jurídica que garante direitos iguais a todos. A decisão inédita obrigou o Tribunal inferior a um novo julgamento, que recentemente acabou por dar provimento ao recurso, concedendo a licença aos homossexuais de se casarem. A decisão, embora sujeita ainda a um novo recurso extremo à Suprema Corte, em Washington, se traduz, sem dúvida, num precedente extraordinário sobre a questão, pois, se mantido o julgado do Tribunal do Havaí, aberto estará o caminho para a legalização da união homossexual nos EUA⁸³.

“A Suprema Corte dos Estados Unidos derrubou a lei do Texas que criminalizava a sodomia, decisão que se refletiu em doze outros estados americanos que dispunham de lei impondo sanções penais à pratica homossexual”⁸⁴, desta forma tornou-se notória a inconstitucionalidade da negativa da licença para o casamento de gays e lésbicas, por violar o princípio da igualdade e da liberdade de orientação sexual.

Recentemente, a Suprema Corte do Tribunal de Massachussetts decidiu que os casais do mesmo sexo têm o mesmo direito a casamento civil que os heterossexuais, entendendo que a Constituição de Massachussetts garante a dignidade e igualdade de todos os indivíduos e proíbe a criação de cidadãos de segunda classe.

⁸³ FERNANDES. Taísa Ribeiro. op. cit., pág. 119.

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. op. cit., pág 45.

No Canadá, há maior resistência dos legisladores do que dos tribunais quanto ao reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo. O Supremo Tribunal defendeu que a expressão “cônjuge”, quando utilizada em determinadas partes da legislação, não deveria restringir-se aos formalmente casados, mas estendida a casais do mesmo sexo, admitindo que pudessem ser tratados como membros de uma união estável”⁸⁵, acrescenta-se a isto que o Governo oferece benefício médico, dentário e oftalmológico aos parceiros dos empregados homossexuais, e a discriminação com base na orientação sexual viola a garantia constitucional da igualdade.

Segundo informações da doutrinadora Taísa Ribeiro Fernandes, “[...] a Assembléia Nacional de Quebec aprovou, à unanimidade, uma lei regulamentando a união dos ‘cônjuges de fato do mesmo sexo’⁸⁶ e acrescenta que “na Finlândia, não há legislação específica a respeito, mas o tema vem sendo discutido”⁸⁷.

Na Espanha, houve rejeição em 1997 do projeto de lei socialista, que visava a instituir o contrato de parceria homossexual.

O terceiro bloco, chamado expandido, é formado por povos de tradição mais liberal, encabeçado pelos países nórdicos, que, além de adotarem políticas contra a discriminação, descriminalizam condutas e instituem ações afirmativas, apoiando as organizações homossexuais. Foram os primeiros a legislar sobre as ditas uniões. Nos Estados mais evoluídos da Europa, as uniões homossexuais já são reconhecidas e intenso é o empenho do Parlamento Europeu para a criação de uma lei possibilitando o casamento homossexual na União Européia.

A pioneira foi a Dinamarca, onde, desde 1984, o tema vem sendo discutido por comissões, e, a partir de 1986, foram concedidos alguns direitos patrimoniais às uniões civis homossexuais. De acordo com Roberta Ferreira Reis, em 1989 a Lei 372 “[...] deu à parceria entre homossexuais tratamento legal,

⁸⁵ FERNANDES, Taísa Ribeiro. op cit., pág. 121.

⁸⁶ FERNANDES. Taísa Ribeiro. op. cit., pág. 121.

⁸⁷ FERNANDES. Taísa Ribeiro. op. cit., pág. 121.

admitindo que seja aplicada a lei do casamento, sendo, no entanto, proibida a adoção”.⁸⁸

Dessa forma, foi a Dinamarca o primeiro país do mundo a reconhecer as parcerias entre pessoas do mesmo sexo, conferindo direitos aos que se acham nessas condições, inclusive o direito de troca do nome. A parceria registrada traz, com poucas exceções, os mesmos efeitos que o casamento dinamarquês.

A Noruega, quatro anos após a Dinamarca, em posição quase que idêntica, aderiu a essa situação, promulgando a Lei. 40 de 30.05.1993, regulamentando o “Registro de Parceria de Casais Homossexuais”. O ponto mais importante, o maior avanço da lei foi o que diz respeito à possibilidade que os companheiros têm de partilhar a “autoridade parental”, nosso denominado poder familiar.

“Na Suécia, até 1944, a união entre homossexuais com idade inferior a 25 anos era crime. A partir de 1978, a idade limite foi baixada para 18 anos, correspondendo a idade núbil sueca”⁸⁹. Os homossexuais deixaram de ser objeto de discriminação e ficou estabelecido que toda forma de rejeição deveria ser combatida, por ato decretado pelo Parlamento Sueco, em 1997. Um ano depois, foi promulgado o “Ato de coabitação”, garantindo aos parceiros alguns direitos.

Mas apenas no ano de 1995, veio a legalização quando passou a ter vigência a Lei de 23.06.1994, por meio da qual foram oficializadas as uniões homossexuais, “[...] concedendo aos casais homossexuais os mesmos direitos garantidos aos heterossexuais. Também foi facultada a assinatura do sobrenome do cônjuge”⁹⁰. Esta lei possui quase os mesmos dispositivos impeditivos aplicados ao casamento. No que tange aos direitos patrimoniais, dissolução de parceria, os procedimentos e requisitos também são os mesmos do casamento. Para constituir parceria é necessário que pelo menos um dos interessados seja sueco ou já tenha

⁸⁸ REIS, Roberta Ferreira. Op. cit., pág 55.

⁸⁹ FERNANDES, Taísa Ribeiro. ob cit. pág. 124/125.

⁹⁰ DIAS. Maria Berenice. op. cit., pág. 46.

instalado domicílio no país há algum tempo, contudo, é vedada a adoção tanto conjuntamente, como separadamente.

Na Islândia, em 1996, foi promulgada uma lei que permitiu o registro da parceria homossexual, guardando as mesmas disposições da lei norueguesa; portanto, há a possibilidade de os conviventes partilharem a autoridade parental. A Islândia, a Catalunha e a Groelândia “[...] igualmente possuem leis que deferem à parceria os mesmos direitos das pessoas casadas, mas em todos esses países há impedimento à adoção”.⁹¹

Na África do Sul a Constituição proíbe expressamente qualquer discriminação com base na orientação sexual. Mas o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo não é admitido. “A África do Sul foi o primeiro país do mundo a, na própria Constituição, formalmente, proteger a liberdade de orientação sexual considerando-a direito humano fundamental”.⁹²

Em Israel, vigora a “Lei de Igual Oportunidade de Emprego, de 1992, que proíbe qualquer discriminação contra empregados por causa de sua orientação sexual”.⁹³

Em Portugal, no ano de 2001, entrou em vigor a Lei 7 de 11 de maio que adotou medidas de proteção às uniões de fato. Essa lei não só regula as situações jurídicas decorrentes do relacionamento heterossexual, como também de casais homossexuais, desde que vivam em união de fato há mais de dois anos. São garantidos ao parceiro sobrevivente direitos sucessórios e previdenciários, assim como o direito real de habitação pelo prazo de cinco anos. A união é dissolvida pelo casamento, pela morte ou pela vontade de qualquer um deles.

Ao tratar da questão da homossexualidade, tanto a jurisprudência, como legislação francesa tomaram como base o princípio da igualdade e o da proteção da

⁹¹ DIAS. Maria Berenice. op. cit., pág. 46.

⁹² FERNANDES. Taísa Ribeiro. op. cit., pág. 125.

⁹³ FERNANDES. Taísa Ribeiro. op. cit., pág. 126.

vida privada, previstos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e no Código Civil, respectivamente. Mas os avanços ainda eram tímidos.

Em 1999, mediante alteração do Código Civil, a França publicou a Lei 99-944 de 15 de novembro dispondo acerca do Pacto Civil de Solidariedade – PACS, que autoriza que duas pessoas físicas, maiores, do mesmo sexo ou de sexos diferentes, celebrem um contrato para organizar sua vida em comum.

Recentemente foi promulgada na Alemanha lei que regulamenta as relações homossexuais, dispondo sobre o seguro-saúde e herança, vedada a adoção. Para a oficialização dessas uniões perante o Estado, a lei prevê a criação de um instituto para o direito de família, em que os interessados requererão o registro. O parlamento alemão em 11 de novembro de 2000 aprovou o projeto de lei que admite o casamento entre gays.

Em 2002, na Bélgica, entrou em vigor lei prevendo os mesmos direitos dos heterossexuais aos casais homossexuais, especialmente em relação ao patrimônio e à herança, com exceção da adoção e da filiação. Com isso, a Bélgica passa a ser o segundo país europeu, depois da Holanda, a autorizar o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo.

Na América Latina, segundo informações de Juliane Mayer Grigoletto, “[...] a Argentina foi pioneira, aprovando no dia 13 de dezembro de 2002, em Buenos Aires, uma lei que considera a união entre pessoas do mesmo sexo, uma relação estável e duradoura, há pelo menos, dois anos como união civil”.⁹⁴

No mês de abril de 2005, a Espanha aprovou o projeto de lei que legaliza o casamento entre homossexuais. De acordo com Roberta Ferreira Reis “[...] este projeto confere a essas uniões *status* idêntico ao das heterossexuais, inclusive com direito à herança, pensão e adoção de filhos”.⁹⁵

⁹⁴ GRIGOLETO, Juliane Mayer. op. cit., pág. 45.

⁹⁵ REIS, Roberta Ferreira. op. cit., pág 55.

A Holanda, hoje, possui a legislação mais avançada, liberal, em relação aos demais países do mundo, uma vez que possibilita aos homossexuais o direito de escolha: se querem casar ou manter uma parceria registrada.

Em 1971, o Parlamento holandês determinou idade legal para as relações hetero ou homossexuais; 1992 foi o ano em que a discriminação baseada na orientação sexual tornou-se ilícito penal. O registro de parceria já era possível desde 1998.

Em 2001 entrou em vigor a Lei 26.672, que, alterando alguns artigos do código civil holandês, permitiu o casamento homossexual. O casamento passou a ser possível de ser realizado tanto por pessoas de sexos diferentes quanto por pessoas do mesmo sexo, podendo, inclusive, converter-se casamento em parceria registrada e vice-versa. A conversão põe fim ao casamento e inicia a parceria quando a mesma é registrada.

Tal lei estabelece iguais direitos e obrigações e idênticas conseqüências jurídicas às do casamento heterossexual; a diferença repousa no fato de que o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo dificilmente será reconhecido nos outros países.

A inovação mais relevante, que colocou a Holanda à frente demais países, trata da possibilidade que têm os casais homossexuais de adotar, mas, somente, crianças holandesas.

Por todo o exposto, tem-se certeza de que, neste mundo globalizado, o conhecimento da legislação de outros povos pode fornecer subsídios, informações de grande relevância, para que se resolva, no Brasil, a questão das uniões homoafetivas, observadas, logicamente, a cultura, as características e peculiaridades – a identidade desse país.

Não se trata de importar as soluções que outros países tomaram, mas de aprender o que há de bom no cenário mundial, para que, dentro das necessidades internas, se possa aproveitar a experiência tida pelos demais países civilizados e se

possa legislar no sentido de garantir uma sociedade com tratamento igualitário a todos os cidadãos.

4.3 PANORAMA LOCAL: AS TENTATIVAS DE REGULAMENTAÇÃO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS E A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO NO ÂMBITO LEGISLATIVO.

O reconhecimento das uniões homoafetivas, já ocorrido em outros países, ainda não faz parte da realidade brasileira, apesar da mobilização e dos ativos na luta por seus direitos, não logrando êxito. Por enquanto, a maioria homossexual permanece ocultando sua verdadeira orientação sexual para manter seus empregos, seu círculo de amigos, para não sofrer preconceitos e até agressões.

Contudo, no Brasil, já há tentativas de regulamentação das ditas uniões.

Primeiramente, cumpre tratar do Projeto de Lei 1.151/95, apresentado por Marta Suplicy, na época Deputada, o qual tirou o tema da homossexualidade do limbo, ensejando a produção de vários livros sobre referido assunto, ante a discussão que propiciou; atualmente tal projeto não está mais em debate, posto que foi apresentado pela Comissão um Substitutivo.

Pela Ementa do Projeto observou-se que esse intentava disciplinar a união civil entre pessoas do mesmo sexo, além de dar outras providências. Assegurando a essas pessoas o reconhecimento de sua união civil, com o intuito de proteger os direitos à propriedade.

Esta união civil decorreria de um contrato livremente pactuado, que versasse sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas, mas a união civil só se constituiria mediante registro em livro próprio, nos cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais, em que os interessados compareceriam exibindo prova de serem solteiros, viúvos ou divorciados; prova de capacidade civil plena e instrumento público de contrato de união civil.

O registro de constituição da união civil seria averbado nos assentos de casamento e nascimento das partes, sendo que estas providências não estão igualmente previstas quando se trata da união estável entre homem e mulher, pois nesta última se admite que os companheiros celebrem contrato exigindo-se apenas que seja escrito, sem estabelecimento pela lei de qualquer forma especial.

Conforme o artigo 4º do Projeto, a extinção da união civil aconteceria pela morte de um dos contratantes ou mediante decretação judicial, na qual qualquer uma das partes estaria autorizada a requerer o fim da parceria, se demonstrada infração contratual em que se fundamentasse o pedido ou alegando o desinteresse em sua continuidade (artigo 5º, I e II), podendo ainda os parceiros consensualmente pedirem a homologação judicial da extinção da união civil.

Contudo, o pedido judicial de extinção, por alegação de desinteresse na sua continuidade ou por acordo entre os parceiros, só seria admitido depois de ultrapassados dois anos de sua constituição, conforme dispõe o artigo 5º, §2º do citado projeto.

A sentença que extinguisse a união civil deveria conter a partilha dos bens dos contratados, conforme o disposto no artigo 6º, devendo ainda ser averbada nos assentos de casamento e nascimento das partes (art. 7º).

O projeto ainda dispunha, em seu artigo 8º, que era crime de ação penal publica condicionada à representação, e não ilícito civil, manter alguém contrato de união civil com mais de uma pessoa ou alterar seu estado civil na vigência do contrato e, a pena prevista seria de detenção pelo prazo de seis meses a dois anos. Assim sendo, ficaria em situação equiparada ao bigamo.

O imóvel próprio e comum dos contratantes era tido como impenhorável, nos termos e condições estabelecidas pela Lei 8.009/90, considerando tal imóvel como bem de família (art. 10).

Em seu artigo 13 o projeto relatava que a administração pública estadual, municipal e distrital deveria disciplinar, por meio de legislação própria, os benefícios

previdenciários de seus servidores que mantivessem união civil com pessoas do mesmo sexo. Garantia-se, ainda, desde a data da constituição da união civil, os mesmos direitos sucessórios conferidos aos companheiros da união estável, regulados pela Lei. 8.971/94, já que, conforme ressalta Taísa Ribeiro Fernandes, “[...] ao tempo que a Deputada Marta Suplicy apresentou o seu projeto, ainda não vigorava a Lei. 9.278/96”.⁹⁶

O artigo 15 do Projeto previa que, no caso de perda de capacidade civil de qualquer um dos contratantes, teria a outra parte a preferência para exercer a curatela.

A fim de demonstrar a idéia e os fundamentos do Projeto de Lei da ex-deputada Marta Suplicy, faz-se necessário transcrever algumas passagens do referido projeto:

O presente Projeto de Lei visa o reconhecimento das relações entre pessoas do mesmo sexo, relacionamentos estes que cada vez mais vêm se impondo em nossa sociedade. A ninguém é dado ignorar que a heterossexualidade não é a única forma de expressão da sexualidade da pessoa humana.

[...]

Esse projeto pretende fazer valer o direito à orientação sexual, hetero, bi ou homossexual, enquanto expressão dos direitos inerentes à pessoa humana.

[...]

A aceitação da homossexualidade – a legalização da união civil entre pessoas do mesmo sexo – favorecerá e certamente diminuirá o comportamento homofóbico e conseqüente agressão.

[...]

A criação desse novo instituto legal é plenamente compatível com o nosso ordenamento jurídico, tanto no que se refere a seus aspectos formais quanto de conteúdo. É instituto que guarda perfeita harmonia com os objetivos fundamentais da Republica Federativa do Brasil – constitucionalmente garantidos – de construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV, CF).

[...]

O projeto estabelece com clareza os direitos que visam proteger nessa relação. As formalidades nele previstas servem não só como uma garantia entre os próprios contratantes, mas também perante terceiros; servem, ainda, como um indicador para a sociedade, de quão serio é o tema nele tratado e da expectativa de durabilidade e estabilidade que têm em suas relações.

É mister que se preencha a lacuna jurídica existente no que diz respeito a essa forma de relação, a fim de que se proteja a dignidade da pessoa

⁹⁶ FERNANDES, Taísa Ribeiro. op. cit., pág. 136.

humana que dela participe e se promova a visibilização dessa relação, com o respeito que lhe é merecido por parte de toda comunidade. O projeto é viável, necessário e possível do ponto de vista social e, principalmente, jurídico. Em uma sociedade que se diz e se pretende democrática e pluralista, o Direito não pode servir como obstáculo à transformação social, pelo contrário, deve ser instrumento de proteção às conquistas e demandas sociais.⁹⁷

O Projeto Substitutivo da Lei 1.151, do deputado Roberto Jefferson, foi adotado pela comissão e se encontra no plenário, mas foi retirado várias vezes por acordo de lideranças.

O Substitutivo começa mudando a ementa do projeto de lei da ex-deputada Marta Suplicy, regulamentando a parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências, sendo, desta forma, mais abrangente, tratando das parcerias formadas entre duas pessoas do mesmo sexo, quer tenham uma relação afetiva decorrente da sua homossexualidade ou de qualquer outro relacionamento como, por exemplo, a situação de um avô que vive em companhia do neto.

Em se tratando da constituição, requisitos, formalidades e extinção, o disposto do Substitutivo é semelhante ao regulamentado no Projeto, ressaltando que no caso de extinção não há a exigência dos dois anos, imposta pelo §2º do artigo 5º do projeto original.

Em seu artigo 7º, o Substitutivo considera nulo de pleno direito o contrato de parceria civil registrado realizado com mais de uma pessoa, ou quando o contrato não tenha sido registrado em livro próprio no Registro de Pessoas Naturais.

Uma das disposições que podem ser consideradas como um retrocesso é a inserta no artigo 3º, §2º, a qual veda quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças e adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros.

⁹⁷ FERNANDES, Taísa Ribeiro. op. cit. págs. 136-138.

Contudo, deve-se ressaltar, elogiando o disposto nos artigos 16 e 17 do Substitutivo, reconhecendo o primeiro, aos parceiros, o direito de composição de rendas para aquisição da casa própria e todos os direitos relativos a planos de saúde e seguro de grupos, e admitindo o segundo que eles se inscrevam como dependentes para efeito de legislação tributária.

Acrescente-se neste rol de disposições seguras e notáveis o fato de no artigo 10 haver disposição no sentido de que o parceiro, com um contrato de parceria civil registrado, será considerado beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado.

E, por fim, o artigo 13, que trata dos direitos sucessórios, estabelecendo que o parceiro sobrevivente terá direito, enquanto não contratar nova parceria civil registrada, ao usufruto da metade dos bens do *de cujus*, se não houver filhos, embora “não” sobrevivam ascendentes, devendo ser observado o ensinamento de Taísa Ribeiro Fernandes que constatou haver equívoco, alegando “deve ter havido um erro na digitação, pois não havendo descendentes nem ascendentes, o parceiro sobrevivente, conforme o art. 13, III, do Substitutivo, já não será usufrutuário, mas terá direito à totalidade da herança”.⁹⁸

Há ainda cinco projetos de lei voltados à classe homossexual de autoria da deputada Iara Bernardi. Um dos mais importantes é o 5.003/2001 que propõe sanções às pessoas físicas e jurídicas que pratiquem crime de discriminação e preconceito contra homossexuais e transgêneros; aprovado o substitutivo do deputado Luciano Zica pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, o projeto encontra-se em plenário aguardando votação.

Outro de grande relevância, promovido pela deputada Iara Bernardi é o projeto nº 5 de 2003, que busca inserir na Lei 7.716/89, que o preconceito por orientação sexual também constitui crime e o projeto de lei 3º de 2003 prevê a visita íntima para presos, independentemente de sua orientação sexual.

⁹⁸ FERNANDES, Taísa Ribeiro. op. cit., pág. 142.

O projeto de Lei da Deputada Laura Carneiro nº 379 de 2003, institui o dia 28 de junho como Dia Nacional do Orgulho Gay e da Consciência Homossexual; e o nº 287 do mesmo ano, institui crime de rejeição a doadores de sangue resultante de preconceito por orientação sexual.

Ainda sobre projetos de lei, tramita o de autoria da deputada Maninha, de nº 2.383/2003, que tem como objetivo a admissão de inscrição como dependente nos planos e seguros privados de assistência à saúde ao companheiro do mesmo sexo do participante.

Com relação às emendas constitucionais, duas encontram-se em tramitação no Congresso Nacional buscando afastar a discriminação por orientação sexual e proteger as uniões homoafetivas.

Conforme relatos da desembargadora Maria Berenice Dias “a PEC nº 66/2003, de autoria da deputada federal Maria do Rosário e outros, dá nova redação aos artigos 3º e 7º da Constituição Federal, visando incluir entre os objetivos fundantes do Estado a promoção do bem de todos, sem preconceitos de orientação sexual”.⁹⁹

A outra proposta de emenda constitucional é a de nº 70/2003, de autoria do Senador Sérgio Cabral, a qual visa a alterar o §3º do artigo 226 da Carta Magna, a fim de afastar a expressão “entre um homem e uma mulher” do dispositivo que prevê a união estável, desta forma, se admitiria expressamente a existência de união estável entre homossexuais, ainda que não conversível em casamento, tal proposta ainda encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça.

Desse modo, verifica-se um grande empenho em legislar sobre os direitos concernentes à classe homossexual, contudo, nenhum destes ainda restou frutífero. Nota-se que há uma consciência maior por parte dos legisladores, como também do poder judiciário, da necessidade de atribuir aos homossexuais os direitos dados aos

⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. União Homossexual: o preconceito e a justiça. Ob. cit. pág. 53/54.

outros cidadãos em igual estado, fazendo um tratamento igualitário e sem discriminações.

Por fim, verifica-se que a necessidade de legislar sobre referido assunto é relevante não somente pelo fato de evitar decisões conflitantes e, muitas delas injustas, baseadas em atitudes repletas de preconceitos, não atribuindo direitos às pessoas do mesmo sexo que se unem ou as tratando como se fossem meros sócios, sem a existência de amor entre eles; como também pelo fato de, uma vez regulamentado expressamente, dará maior tranquilidade aos homossexuais de se assumirem, e colaborará com a diminuição do preconceito de terceiros sobre este assunto, efetivando-se, assim, no âmbito jurídico e social.

5 DOS DIREITOS ADVINDOS ANTE O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO UNIÃO ESTÁVEL

Com o reconhecimento da união homoafetiva como união estável ou entidade familiar, não tendo relevância a nomeação dada, advêm direitos inerentes em decorrência do entendimento de ser a união homossexual uma “sociedade de afeto”, melhor dizendo, uma união digna de tutela.

5.1 COMPETÊNCIA DAS VARAS DE FAMÍLIA

Uma vez reconhecida como entidade familiar, os processos impetrados por parceiros homossexuais, requerendo, por exemplo, alimentos, deverá ser julgado nos mesmo moldes da união estável.

Deste modo, a competência para tal julgamento é das Varas de Família.

Como relatado pela Desembargadora Maria Berenice Dias teve-se como:

[...] decisão pioneira da Justiça do Rio Grande do Sul, datada de 1999, fixou a competência das Varas de Família para julgar ação decorrente de relacionamento homossexual (AI nº 599.075.496), dando o primeiro passo para se reconhecer à união homossexual *status* de família¹⁰⁰.

Neste sentido, proferiu-se o julgamento da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, abaixo transcrito:

¹⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**: uma realidade que o Brasil insiste em não ver. Revista da Escola de Magistratura do Estado de Rondônia. Ano 2004. nº 12. Editora Emeron. Porto Velho. Pág 66.

Ementa: RELACOES HOMOSSEXUAIS. COMPETENCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARACAO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido (Agravo de Instrumento nº 599075496, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Bueno Moreira Mussi, julgado dia 17/06/1999).

Portanto, a partir de tal posicionamento, ao menos no Estado do Rio Grande do Sul, todas as ações envolvendo pessoas do mesmo sexo foram transferidas das Varas Cíveis para as Varas de Família, posicionamento este que deveria ser adotado em todo território brasileiro, pois nada mais justo do que uma Vara Especializada julgar ações que tem o mesmo objeto dos processos no qual as partes convivem em união estável ou maritalmente.

5.2. DIREITO SUCESSÓRIO

O silêncio legislativo sobre as uniões homossexuais gera injustiça e preconceito, deixando sem solução vários problemas, e não é diferente no direito sucessório, tendo em vista que não há atribuição de direito sucessório ao parceiro homossexual sobrevivente.

Quando da morte de um dos companheiros, o outro não fica incluído na ordem da vocação hereditária, permanecendo o patrimônio em benefício de familiares, os quais muitas vezes discriminam e rejeitam o companheiro devido à orientação sexual do *de cujus*.

Acrescente-se a isto que ainda há a possibilidade de, no caso de não haver parentes, a herança ser recolhida pelo Estado, conseqüência ainda mais injusta, posto que o sobrevivente que esteve ao seu lado por determinado tempo, lhe dando afeto, assistência, passa a não ter direito algum da herança do parceiro falecido. As conseqüências acima expostas ocorrem diariamente, pois é notório que, no Brasil, não há o costume de se fazer testamento, o que resolveria esta situação.

Em relação aos direitos hereditários, o que se vem reconhecendo, como já anteriormente exposto é a existência de uma sociedade entre conviventes

homossexuais, determinando a partilha dos bens adquiridos pelo esforço em comum, não dando relevância à convivência *more uxório*, à existência de uma verdadeira entidade familiar, decorrente do vínculo afetivo entre eles. Deste modo, enaltece a idéia de que apenas pelo fato de serem relacionados com pessoas do mesmo sexo não merecessem qualquer tratamento, a não ser o de meros sócios em um empreendimento mercantil.

No sentido de incluir o parceiro homossexual supérstite na sucessão hereditária, o mérito é da Justiça do Rio Grande do Sul, que teve as primeiras decisões favoráveis neste sentido.

Como exposto por Taísa Ribeiro Fernandes, nos embargos infringentes 70003967676, foram aplicadas, por analogia, as normas da união estável; foi designada para redigir o acórdão a Desembargadora Maria Berenice Dias, sendo decidido que “[...] tendo havido união estável homoafetiva, ao parceiro sobrevivente é reconhecido direito sucessório, cabendo-lhe a totalidade do acervo hereditário, afastando-se a declaração de vacância da herança”.¹⁰¹

Anteriormente ao julgamento supracitado, na data de 08 de novembro de 2004, a 8ª Câmara Civil do TJRS, cujo relator era o Desembargador Alfredo Guilherme Englert, ao julgar a apelação cível nº 70003016136, mandou aplicar à união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, por analogia, a legislação da união estável e decidiu que “[...] o companheiro sobrevivente tinha direito a meação dos bens adquiridos durante a convivência, bem como assegurou-lhe o direito real de habitação sobre o imóvel residencial em que os parceiros viviam”.¹⁰²

Assim, como demonstram os julgados acima citados, diante da omissão legal, justo é que sejam aplicadas as mesmas normas que regulamentam as uniões estáveis, pois cabe ao Judiciário integrar o Direito à realidade social, fundamentando suas decisões nos preceitos da Carta Magna e nos Princípios Gerais do Direito, pois a ausência de previsão legal não pode implicar a prática de discriminações.

¹⁰¹ FERNANDES, Taísa Ribeiro. op. cit., pág. 83.

¹⁰² FERNANDES, Taísa Ribeiro. op. cit., pág. 83.

Portanto, considerando a convivência entre os parceiros homossexuais, o afeto durante a relação, o fato de construírem o patrimônio em conjunto, não há que se considerar justa a decisão que se procede baseada em preconceitos, negando direito à herança ao parceiro homossexual sobrevivente.

5.3. DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Não há como negar o desamparo em que ficava a pessoa que vivia em união homoafetiva, quando do falecimento do seu companheiro, do qual dependia economicamente.

No âmbito do direito previdenciário houve significativas mudanças. Taísa Ribeiro Fernandes acompanhou as mudanças neste âmbito e as dipôs da seguinte forma:

A pensão por morte, requerida por parceiro homossexual, é regida no Capítulo XII da Instrução Normativa 25 de 07 de junho de 2000 do Instituto Nacional de Seguridade Social, substituída pela Instrução Normativa 50/2001, que, por sua vez, foi revogada pela Instrução Normativa 57/ de 10 de outubro de 2001, a qual manteve os direitos do parceiro sobrevivente.

Como restou comprovado pela autora, a pensão decorre da vida comum, do afeto e do amparo e auxílio recíproco, características necessárias para conceder ao convivente sobrevivente o direito à pensão por morte do parceiro, assim, a Previdência Social do Brasil vem tratando de forma igualitária – o que deveria ocorrer em todos os ramos do direito – os indivíduos sem discriminação de cor, raça, credo ou orientação sexual.

Na cidade de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, devido à ordem judicial expedida pela Juíza da 3ª Vara Previdenciária da referida Comarca, o INSS expediu a Instrução normativa 25 do ano de 2000, regulando procedimentos a serem adotados para concessão de pensão por morte do companheiro ou companheira homossexual.

Referida decisão foi originada por Ação Civil Pública intentada pelo Ministério Público Federal contra o INSS, determinando, com abrangência nacional, a inscrição de companheiro de segurado homossexual como seu dependente principal, garantindo a percepção de auxílio-reclusão e pensão por morte, desde que cumpridos, pelos requerentes, no que couber, os requisitos exigidos dos companheiros heterossexuais.

A documentação exigida pela Previdência Social para a comprovação da parceria homoafetiva e da dependência econômica do parceiro é prevista no artigo 3º da Instrução Normativa 25/2000 do INSS.

Portanto, por força de decisão judicial e pela Instrução Normativa editada pelo Juiz Relator do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Dr. Valdemar Capeletti, o qual, se baseando no direito à igualdade, na dignidade da pessoa humana, bem como pela promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação, reconhece que o companheiro ou companheira do mesmo sexo é dependente preferencial nos casos de concessão de benefícios por morte e auxílio-reclusão.

O INSS chegou a recorrer ao Supremo Tribunal Federal daquela decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, porém, o Ministro Marco Aurélio, que na ocasião exercia o cargo de Presidente do Pretório Excelso manteve a decisão argumentando que “[...] constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quais outras formas de discriminação”.¹⁰³

Por todo o exposto, observa-se que no ramo do direito previdenciário as uniões homossexuais já estão amparadas, com obediência aos preceitos de que todos são iguais perante a lei, pondo em prática os princípios que muitos vêm somente no papel.

¹⁰³ FERNANDES, Taísa Ribeiro. ob. cit. pág. 87.

5.4. DIREITO PATRIMONIAL

Pelo fato de as uniões homossexuais não serem consideradas pela maioria como entidade familiar a legislação atual tem reconhecido efeitos jurídicos no campo do direito das obrigações, sem situação parecida com a dos que viviam com concubinato puro, no período anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, tema já abordado no item 2.1 do presente trabalho.

Com o fim de evitar injustiças o Supremo Tribunal Federal publicou-se a Súmula 380 cujo enunciado dispõe: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Referida súmula vem sendo aplicada nas uniões homoafetivas, a fim de que se vede o enriquecimento injustificado ou ilegítimo, conforme demonstra a jurisprudência abaixo transcrita:

Sociedade de fato – homossexuais – partilha do bem comum. O parceiro tem o direito de receber metade do patrimônio adquirido pelo esforço em comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos do art. 1.363 do Código Civil Brasileiro (STJ – Recurso Especial 148897-MG, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, 4ª Turma, j. 10.02.1998).

O avanço, concedendo tal direito, merece nossos cumprimentos, contudo, resta a esperança de que tal conflito seja resolvido de acordo com as regras estabelecidas para a sociedade de afeto que os parceiros mantém, em tudo semelhante à união estável, constituindo, portanto, uma entidade familiar e, afortunadamente, já há precedentes neste sentido.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua 7ª Câmara Civil, julgando separação litigiosa entre duas mulheres, reconheceu que entre elas havia união estável e determinou a partilha igualitária de bens adquiridos ao longo da relação. Em seu voto o relator Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis considerou que “[...] ocorreram quase cinco anos de convivência contínua, notória, com interesses e objetivos comuns, como uma família”, observando os requisitos

caracterizadores da união estável, conforme disposto no Código Civil vigente, não havendo, portanto, a necessidade de comprovação do esforço em comum para aquisição dos bens (Apelação cível 70005488812).

EMENTA: RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas. (Segredo de Justiça) (Apelação Cível Nº 70005488812, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 25/06/2003).

Conforme relatado por Taísa Ribeiro Fernandes os jornais brasileiros, no dia 05 de março de 2004 deram grande destaque e abriram manchetes a uma decisão da justiça gaúcha decorrente do Provimento 06/2004 – CCJ, assinado pelo Corregedor Geral de Justiça, Desembargador Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, o qual “[...] atribuiu o dever aos cartórios de Notas do Estado do Rio Grande do Sul de aceitar pedidos de registro de documentos relativos às uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo”.¹⁰⁴

Referido provimento se fez necessário, posto que os cartórios daquela região se negavam a registrar os documentos encaminhados por casais homossexuais alegando, em síntese, que não havia orientação legal que permitisse ou matizasse a questão. Deste modo, referido problema resolveu-se conferindo publicidade formal às uniões homoafetivas.

Tal modificação se deu com o acréscimo do parágrafo único no artigo 215 da Consolidação Normativa Notarial Registral, contendo o parágrafo a seguinte redação:

¹⁰⁴ FERNANDES, Taísa Ribeiro. op cit., pág 89.

Art. 215. No registro de títulos e documentos proceder-se-á ao registro:
[...]

Parágrafo único: As pessoas plenamente capazes, independentemente da identidade ou oposição de sexo, que viviam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar documentos que digam respeito a tal relação. As pessoas que pretendem constituir uma união afetiva na forma anteriormente referida também poderão registrar os documentos, que a isso digam respeito¹⁰⁵.

Do referido dispositivo depreende-se que os casais homossexuais, cujo relacionamento é duradouro, estável, já consolidado, poderão registrar documentos que digam respeito a tal relação como, por exemplo, a indicação de um deles, pelo outro, como beneficiário de seguro ou em plano de saúde, ou uma declaração de determinado bem obtido com a economia ou esforço em comum.

Acrescente-se a isto que, do mesmo modo, podem comparecer ao notário, e este terá de redigir-lhes a escritura que pedem, declaratória da existência dessa união de fato “em comunhão afetiva” como diz o provimento, com as cláusulas e os efeitos que os interessados, desde que capazes, desejarem estabelecer, de comum acordo, desde que não firam normas cogentes ou de ordem pública. Em síntese, trata-se de um documento com o fim de publicidade e de estabelecer um contrato de convivência entre pessoas, independentemente de sua orientação sexual.

Tratando-se dos alimentos, uma vez que as uniões entre pessoas do mesmo sexo equivalem às uniões estáveis e, tanto estas como aquelas, constituem entidade familiar, não se pode deixar de concluir que existe uma obrigação alimentar entre os companheiros homossexuais, e enquanto a situação deles não for regulamentada em lei específica, aplicar-se-ão os dispositivos do Código Civil referentes aos alimentos entre os cônjuges e companheiros, como também a Lei de Alimentos – Lei nº 5.478 de 25 de julho de 1968.

Cumprе salientar que nada impede os casais homossexuais de, em relação a esse aspecto patrimonial, celebrarem contratos como cautela, com o fim de prevenir situações futuras, assim definindo o seu relacionamento, estipulando, por exemplo, os bens que cada um possuía antes da relação, dispondo sobre a

¹⁰⁵ Disponível em <www.colegioregistrals.gov.br/anexos/consolidacao.pdf>. Acesso em 08-06-2007 às 15h33 min.

participação de cada um na manutenção da casa, o pagamento de pensão alimentícia no caso de finda a relação, entre outros, o que é mais seguro, já que a legislação brasileira, bem como o poder judiciário e doutrinadores não têm posicionamento firmado, ficando o julgamento ao entendimento tido por seu julgador.

5.5. DIREITO A ADOÇÃO

A adoção é o meio pelo qual se dá filhos a quem não os tinha.

Atualmente a adoção encontra-se disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Em seu artigo 41, referido diploma atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes biológicos, salvo os impedimentos matrimoniais.

Os requisitos necessários para a concretização da adoção estão inseridos no artigo 40 e do artigo 42 ao artigo 46 do Estatuto da Criança e Adolescente, abaixo transcritos:

Art. 40. O adotando deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes.

Art. 42. Podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente de estado civil.

§1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§2º A adoção por ambos os cônjuges ou concubinos poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado vinte e um anos de idade, comprovada a estabilidade da família.

§3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

§4º Os divorciados e os judicialmente separados poderão adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal.

§5º A adoção poderá ser deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Art. 44. Enquanto não der conta de sua administração e saldar o seu alcance, não pode o tutor ou o curador adotar o pupilo ou o curatelado.

Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§1º O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder.

§2º Em se tratando de adotando maior de dezoito anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

§1º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade ou se, qualquer que seja sua idade, já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a convivência da constituição do vínculo.

§2º Em caso de adoção por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de no mínimo quinze dias para crianças até dois anos de idade, e de no mínimo trinta dias quando se tratar de adotando acima de dois anos de idade.

O Código Civil tratou da adoção (arts. 1.618 a 1.629) nos mesmos termos estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, assim, verifica-se ser a exigência primordial que o deferimento da adoção resulte em vantagens reais para o adotado e que esta se fundamente em motivos legítimos.

Em momento algum se negou a adoção aos homossexuais, contudo, referido tema causa controvérsias. Sendo a adoção requerida por pessoa homossexual (adoção unilateral), esta não tem gerado tanta objeção quanto a que possui como requerentes casais homossexuais.

O deferimento de uma adoção depende de uma análise de cada caso, cabendo tanto ao membro do Ministério Público quanto ao magistrado atentarem ao caso concreto, observando se o interessado preenche os requisitos acima transcritos, bem como se este poderá oferecer ao adotando um ambiente familiar adequado, prevalecendo, sempre, o melhor interesse da criança ou do adolescente.

Argumenta-se, para combater a adoção por homossexuais que a mesma representaria uma forte influência na orientação sexual do adotado, que tenderia também à homossexualidade. Tal afirmativa não procede, posto que não há estudos sérios que afirmem que os filhos têm de seguir as preferências sexuais dos pais, e tem-se como prova incontestável que há muitos filhos homossexuais de casais heterossexuais.

Outro argumento contrário a esta adoção é o de que o adotado poderia ser alvo de piadas, passando por constrangimentos no meio em que vive, alegando que isso acarretaria em dificuldades em sua inserção social. Debatendo esta tese, Roger Raupp Rios *apud* Taísa Ribeiro Fernandes expõe que:

Idéias desse tipo já foram utilizadas, por exemplo, para impedir casamentos entre pessoas de raças diferentes, para justificar a segregação em escolas de brancos e negros, para impedir a criação e a adoção de crianças de raça, cor ou etnia diversa da dos adotantes. Práticas que, evidentemente, não se podem admitir numa sociedade que não deseje o racismo e a exclusão social como princípios.¹⁰⁶

É conhecida por todos a situação dos Abrigos Municipais de nosso país, onde muitas crianças sofrem agressões, por vezes não tem o que comer e permanecem durante todo o seu desenvolvimento sem perspectiva de uma vida melhor.

O ambiente familiar adequado em nada condiz com a orientação sexual do indivíduo, pois muitos deles são pessoas de caráter indubitável, podendo oferecer ao adotando uma vida digna e com respeito.

Portanto, se o interessado não leva uma vida promíscua, se não assume atitudes de confronto, o que poderia causar rejeições e constrangimento, e se a orientação sexual do pretendente não representa um mal para o adotado, a adoção pode ser realizada, nenhum motivo legítimo existe para deixar uma criança fora de um lar.

Os defensores da adoção por homossexuais se fundamentam nos princípios da igualdade, assim como o que veda a discriminação por orientação sexual.

No Brasil já existem julgados favoráveis tanto em relação à adoção unilateral por homossexual, como por casais homossexuais. Como exemplo do primeiro caso, tem-se a sentença proferida pelo Juiz Siro Darlan de Oliveira, da 1ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca do Rio de Janeiro deferindo, no ano de

¹⁰⁶ FERNANDES, Taísa Ribeiro. op. cit., pág. 108.

1997, a uma homossexual feminina a adoção de um menor de um ano de idade, que lhe havia sido entregue com poucos dias de vida e com sérios problemas de saúde (processo 96/1/01547-7).

Outra sentença do magistrado foi a que julgou procedente o pedido para deferir a adoção a um homossexual de um menor, à época com 10 anos, que vivia em uma instituição para órfãos, o que foi confirmado pela 9ª Câmara Cível do Tribunal do Rio de Janeiro, a qual ressaltou que:

Percebe-se que sua experiência de anos à frente do juizado e a observação pessoal do caso ditaram sua decisão, que nos parece ponderável. Seria preferível, a nosso juízo, correr o risco da dúvida, a deixar o adotado em uma instituição de abandonados, já agora afastado e arrancado de um adoção que tanto orgulho e alegria lhe causam, sem dúvida passará a ser razão de revolta para ele. Rompê-la para depois encaminhá-lo a um escola de delinquência, como acontecerá aos seus doze anos, no Educandário R.D., é muito mais indigno e aterrozirante do que confiar na competência dos técnicos que emitiram os pareceres favoráveis a manter a decisão que o entregou a uma adoção cujas desconfiâncias e suspeitas parecem não haver considerado a realidade e as circunstâncias do fato, além de, fundadas em preconceitos que a lei veda. (Apelação Cível nº 14.332/98. Rel. Des. Jorge de Miranda Magalhães. 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 23.03.1999).¹⁰⁷

Com relação à adoção por casais homossexuais, houve um caso que teve abrangência nacional devido à inovação trazida neste âmbito de direitos conferidos aos homossexuais. A adoção da menor Theodora Rafaela Carvalho da Gama pelos requerentes Vasco Pedro da Game e Dorival Pereira de Carvalho Junior, teve como destaque a certidão de nascimento da menor, na qual consta o nome dos pais, bem como de seus avós, sem a denominação de ser paterno ou materno.

A decisão da magistrada Sueli Juarez Alonso foi a primeira no país a conceder a adoção a um casal de homens. “A adoção saiu em março do ano passado, e aí foi a vez de Júnior entrar com um pedido para também ser reconhecido como pai. No fim de outubro, a juíza autorizou os dois a adotar juntos, sacramentando uma decisão inédita nos tribunais”.¹⁰⁸ Ainda sobre o assunto,

¹⁰⁷ Disponível em <www.tj.rj.gov.br>. Acesso em 11-06-2007 às 23h39 min.

¹⁰⁸ VELLOSO, Beatriz e SANCHES, Mariana. **Uma família brasileira**: Casais gays lutam pelo direito de adotar filhos. A história de Theodora é símbolo desta batalha. Revista Época. Nº 453 de 22 de janeiro de 2007, pág. 82.

comentou Vasco em entrevista para revista *Época* que não ouviu comentários preconceituosos e deve ter pessoas que não achem certo, mas acredita que essas pessoas têm vergonha de criticá-los na sua frente.

A adoção por casal homossexual é um meio de amenizar a situação de tantas crianças que se encontram sem perspectiva de vida, desprovidas de um lar e de uma família, carentes de afeto. Luiz Carlos de Barros Figueiredo *apud* Taísa Ribeiro Fernandes adverte que:

Muitos homossexuais levam vidas inteiramente ajustadas, completamente fora dos padrões estereotipados que se tenta generalizar, sem que sua preferência sexual tenha influência negativa determinante no adotando, ao contrário do que, eventualmente, pode ser observando em alguns heterossexuais que, mesmo enquadrados na visão normal da maioria, podem influenciar negativamente aquele a quem adotou, especificamente em função de sua conduta social.¹⁰⁹

As decisões demonstradas, como também o posicionamento sábio de Luiz Carlos de Barros Figueiredo revelam que a homossexualidade do adotante não constitui um fator de perturbação emocional para a criança e que, uma vez atendidos todos os requisitos legais, sendo favorável o parecer psicológico de equipe técnica, a adoção deve ser deferida. Procedendo de tal forma, cumpre o objetivo primordial, que é dar ao adotando direito a uma vida digna, uma oportunidade de ser alguém melhor, tirando das condições subumanas dos abrigos e colocando-os em um lugar em que realmente vão ser amados, constituindo um verdadeiro lar.

¹⁰⁹ FERNANDES, Taísa Ribeiro. ob. cit. pág 106.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A homossexualidade não se explica, como também não se explica a heterossexualidade, elas apenas existem e cabe a nós aceitarmos, livres de qualquer preconceito.

É errôneo afirmar que há uma normalidade quando se trata de assunto referente à orientação sexual de cada indivíduo, primeiramente porque 10% (dez por cento) da população brasileira é homossexual, segundo porque cada indivíduo tem direitos, entre eles o da liberdade sexual, sem ter que se sentir acuado e sem sofrer qualquer forma de discriminação de terceiros.

O preconceito já teve como alvo diversas classes sociais. A união homoafetiva vem trilhando os mesmos passos que a união estável, sofrendo os mesmos preconceitos e discriminações.

Há que se respeitar o sentimento de cada um, a busca da realização de cada pessoa, que deve encontrar espaço para integração a que pertence, sem qualquer discriminação, pois basta a presença de um vínculo afetivo com o enlaçamento de vidas para caracterizar a existência de uma família.

Desta forma, se duas pessoas que se amam mantém uma convivência duradoura, pública, contínua, com os deveres de fidelidade e assistência recíproca, objetivando a constituição de uma família, não pode haver quem tenha a coragem de dizer que essa união fática contraria o ordenamento jurídico e os bons costumes, a não ser que se baseie em puro preconceito.

Assim, a partir da análise dos argumentos da presente pesquisa, bem como com o fim de se evitar novamente o erro de marginalizar uma classe social de forma injustificada deve-se reavaliar determinados conceitos em Direito de Família. Faz-se necessário destituir o moralismo que circunda o meio jurídico e encarar o fato da existência da união entre pessoas do mesmo sexo e da necessidade desse tipo de união receber amparo legislativo, e não ficar entregue apenas ao entendimento judicial.

Necessário, nesse pensar, considerar as adaptações às quais o conceito de família fora submetido ao longo de sua evolução histórica. O conceito de família mudou, não se baseia mais na procriação, e sim no afeto entre as pessoas, elemento desconsiderado pelo modelo tradicional, voltou a ocupar uma função relevante, dando origem ao que a doutrina chama de ideologia do afeto.

Reconhecendo a importância do elemento afetividade, em detrimento ao formalismo antes imperante, o constituinte de 1988 ampliou o conceito de família, a fim de nele englobar as uniões estáveis e núcleos monoparentais. Todavia, atualizar o conceito de família não implica desconsiderar todas as características do modelo anterior, e sim, apenas desprezar os aspectos que não mais coadunam com a realidade.

É preciso que o operador do Direito esteja cada vez mais atento às transformações que ocorrem na sociedade, a fim de que venha, efetivamente, a ser um instrumento de transformação social e não apenas um técnico em legislação, interpretando as normas jurídicas de acordo com a realidade atual, primando pelos princípios primordiais de uma sociedade que se diz democrática de direito: o da liberdade, da igualdade e o da dignidade da pessoa humana. É este o único modo de reduzir os abismos que separam o cidadão do Estado a fim de alcançar uma sociedade mais igualitária e justa para todos.

O tratamento desigual dado aos homossexuais vem diminuindo, tendo em vista que o Poder Judiciário, em suas decisões, utilizando-se da analogia e dos princípios gerais do direito, tem conferido direitos à classe dos homossexuais, seja considerando a união entre pessoas do mesmo sexo uma sociedade de fato, seja considerado uma outra forma de união estável, posição esta mais justa e condizente

com a realidade de tais relacionamentos, posto que vai ao encontro da promoção do bem estar de todos os cidadãos, sem preconceitos contra qualquer classe social.

Contudo, o reconhecimento por parte do judiciário não basta, posto que a interpretação passa a depender do livre arbítrio, do entendimento do magistrado julgador, que pode, injustamente entender que tal entidade familiar não merece qualquer proteção jurídica, ou que merece, mas como simples sociedade de fato, como se fossem sócios, sem qualquer sentimento entre eles.

Para que se evitem tais condutas ofensivas aos princípios pétreos da Carta Maior necessário se faz regulamentar tais condutas, a fim de que evitar maiores injustiças, preconceitos e discriminações.

Pois, se todos são iguais perante a lei, tendo garantido seu direito de liberdade, sendo assegurada a eles uma vida digna, sendo o Estado o responsável pela promoção do bem de todos, já que se diz ser democrático, lutando por uma sociedade harmoniosa; imperioso se faz o tratamento igualitário, sem distinções infundadas, preconceitos contra pessoas pelo simples fato de sua orientação sexual não ser semelhante à da maioria heterossexual.

Assim, com fundamento nos Princípios da Igualdade, Liberdade e Dignidade Humana, considerando a visão unitária e coerente da Constituição Federal de 1988, fazendo uso da analogia e suporte nos princípios gerais de direito, é completamente possível concluir ser a união homoafetiva uma forma de união estável, desde que na relação estejam presentes como pressupostos a notoriedade, publicidade, coabitação fidelidade, e sinais explícitos de uma verdadeira comunhão de afeto.

Embora possam ser endereçadas críticas preconceituosas à pesquisa em tela, defende-se aqui o reconhecimento da união homoafetiva como união estável, entidade familiar, ressaltando que não basta o reconhecimento por meio de decisões, pois estas são divergentes, assim, a solução que melhor se adequa é a regulamentação por uma lei, que iguale as uniões homossexuais às uniões estáveis,

indo, portanto, ao encontro do que preceitua a Constituição e ao objetivo da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Camila. **A força do arco-Íris**. Revista Veja. Ed. 1808. ano 36. nº 25, 2003.

CAHALI, Yussef Said (Coord.) **Constituição Federal. Código Civil. Código de Processo Civil**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de sociologia jurídica** (você conhece?). 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CHIARINE JUNIOR, Enéas Castilho. **A união homoafetiva no direito brasileiro contemporâneo**. Disponível em <http://www.direitoemdebate.net/art_homoafetiva.html>. Acesso em 09-05-2006 às 00h30min.

DEL CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. **Medicina legal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**: uma realidade que o Brasil insiste em não ver. Revista da Escola de Magistratura do Estado de Rondônia. Ano 2004. nº 12. Editora Emeron. Porto Velho.

_____. **A igualdade desigual**. Disponível em <<http://www.mariaberenicedias.com.br>>. Acessado em 10-06-2007 às 16h19 min.

_____. **Amor versus preconceito**. Disponível em <http://www.direitoemdebate.net/art_amorpreconceito.html>. Acesso em 09-05-2006 às 00h22min.

_____. **O amor não tem sexo.** Disponível em <<http://www.gontijo-familia.adv.br/tex142.htm>>. Acesso em 09-05-2006 às 00h50 min.

_____. **União homoafetiva será lei.** Disponível em <<http://www.direitodefamilia.com.br/materia.asp?codmater=107>>. Acesso em 06-09-2006 às 00h42 min.

_____. **União homossexual:** o preconceito e a justiça. 3 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. Vol. 05 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões Homossexuais:** efeitos jurídicos. São Paulo. Editora Método, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio:** o mini dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

FIUZA, Ricardo. **Novo código civil comentado.** São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Orlando. **Direito de família.** 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRIGOLETO, Juliane Mayer. **Unões homossexuais:** a família brasileira em transformação e a inclusão dessas uniões no conceito de família afetiva. Revista Prática Jurídica. Ano III, nº 24, de 31 de março de 2004.

GWERCMAN, Sérgio. **Sim.** Três letras acima dividem o Brasil e impedem que 6 milhões de gays tenham acesso aos mesmos direitos que o restante da população. Se todos somos iguais perante a lei, está certo alguns brasileiros terem mais benefícios que outros?. Revista Super Interessante. Ed. 202 de Julho de 2004.

JUNKES, Maria Bernadete e SANTOS, Maria Lindomar. **Trabalhos Acadêmicos:** A facilidade em desenvolvê-los. Rolim de Moura. D'Press. 2007.

LUZ, Valdemar P. (Org.) **Código Civil. Código de Processo Civil. Constituição Federal e Estatuto da OAB e Legislações Complementares.** 2 ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **União estável-concubinato**: repercussões jurídico-patrimoniais. Porto Alegre: Sagra Luzzatto Editores, 1997.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito**: direito de família. Vol. 02. São Paulo: Saraiva, 1978.

NAHAS, Luciana Faísca. **União homossexual**: proteção constitucional. Curitiba: Juruá, 2006.

PEDROTTI, Irineu Antônio. **Concubinato união estável**. 5 ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 2001.

REIS, Roberta Ferreira. **Legítimo direito de cidadania**: uma tentativa de justificar a homossexualidade. Revista Jurídica Consulex. Ano IX. Nº 205. 31 de julho de 2005.

RIBEIRO, Antonio Carlos Silva e FÉLIX, Éderson de Souza. **Direito constitucional para o exame de ordem** – prova objetiva e parte prática. São Paulo: Tático, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. Vol. 6. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **A união homossexual na legislação brasileira**: natureza jurídica. Disponível em <www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_207.html>. Acesso em 31-08-2006 às 11h32 min.

SANTOS, Valedir Ribeiro (Coord.). **Como se preparar para o exame de ordem 1ª fase**: civil. 3 ed. São Paulo: Método, 2006.

SILVA, Américo Luís Martins da. **A evolução do direito e da realidade das uniões sexuais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1996.

SONEGO, Atila Nedi Leães e SOUZA, Magna Virginia Silveira de. **A união homoafetiva em perspectiva**. Disponível em <http://www.revistadouttrinatr4.gov.br/index.htm?http://www.revistadouttrinatr4.gov.br/artigos/edicao011/atila_sonego.htm>. Acesso em 15-01-2007 às 13h10 min.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, Eduardo e DIZ, Nelson Nascimento. **Diferentes, mas iguais:** o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em <http://64.233.169.104/search?q=cache:bMu6fhp_ZjMJ:pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/dir-sexuais-reprodutivos/docs_atuacao/ParecerBarroso%2520uniao%2520homossexuais.pdf+princ%C3%ADpio+da+liberdade+e+as+uni%C3%B5es+homoafetivas&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=12&gl=br>. Acesso em 31/07/2007 às 10 h 37 min.

SOUZA, Claudecy de. **Homossexualidade.** Disponível em <<http://www.pailegal.net/psisex.asp?rvtextold=1121852661>>. Acesso em 28-12-2006 às 09h51 min.

VELLOSO, Beatriz e SANCHES, Mariana. **Uma família brasileira:** casais gays lutam pelo direito de adotar filhos. A história de Theodora é símbolo desta batalha. Revista Época. Nº 453 de 22 de janeiro de 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. Vol. 06. 5 edição. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito civil:** direitos das sucessões. Vol. 07. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

A HISTÓRIA da homossexualidade no mundo. Disponível em <http://www.adrianebonek.kit.net/index_arquivos/historia_da_homossexualidade.htm>. Acesso em 29-12-2006 às 10h53 min.

ANEXOS I

Projeto de Lei nº 5 de 2003
(Deputada Iara Bernardi)

Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989, e o §3º do art. 1402 do Código Penal, para incluir a punição por discriminação ou preconceito de gênero e orientação sexual.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, alterado pela Lei nº 9.459 de 13 de maio de 1997, passam a vigorar com seguinte redação:

“Art. 1º. Serão punidos na forma da lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceitos de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero ou orientação sexual”.

“Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceitos de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional o orientação sexual”.

Art. 2º O §3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 140. (...)

(...)

§3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero ou orientação sexual.

Pena: reclusão de um a três anos e multa”.

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

ANEXO II

Projeto de Lei nº 2.383 de 2003
(Deputada Maninha)

Altera a Lei 9.656 de 03 de junho de 1998, que “Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde”, na forma que especifica e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O artigo 14 da Lei 9656 de 03 de junho de 1998 passa a vigorar acrescido de parágrafo único, com a seguinte redação:

“Art. 14. (...)

Parágrafo único: A vedação prevista no caput abrange qualquer forma de frustrar ou impedir a contratação de pessoas como dependente econômico, companheiro ou companheira, ou participante de grupo familiar de outrem em razão de pertencerem ao mesmo sexo, considerando-se o ato com tal finalidade discriminatório e punível na forma da legislação específica”.

Art. 2º É aplicável a vedação do artigo anterior a qualquer entidade pública ou privada que utilize, gerencie ou opere planos de saúde, próprios ou contratados.

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário.

ANEXO III

Projeto de Emenda Constitucional nº 66/2003

(Deputada Federal Maria do Rosário)

Dá nova redação aos artigos 3º e 7º da Constituição Federal.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O Inciso IV do art. 3º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 3º (...)

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, etnia, raça, sexo, orientação e expressão sexual, crença religiosa, convicção política, condição sócioeconômica, condição física, psíquica ou mental, cor, idade e nem por quaisquer outras formas de discriminação”.

Art. 2º O Inciso XXX do art. 7º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 7º (...)

XXX – proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, orientação e expressão sexual, crença religiosa, convicção política, condição física, psíquica ou mental, idade, cor ou estado civil”.

ANEXO IV

Projeto de Emenda Constitucional nº 70/2003

(Senador Sérgio Cabral)

As mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do Parágrafo 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal passa a ter a seguinte redação:

“§ 3º – para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre casais heterossexuais ou homossexuais como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento quando existente entre homem e a mulher”.

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data da sua publicação”.